

N.S.D.LAS ANIMAS.

J.º de Talauera ex en S.

DEFENSA QVE HAZE LA CAPILLA
DE LAS BENDITAS ANIMAS, Y SEñOR S. ONOFRE,
ſita en el Compaz de el Convento de San Franciſco Caſa grande de eſta Ciudad.

EN EL PLEYTO
CON DON FRANCISCO VELASQUEZ DE VALDES, como heredero Albazea, y Commiſſario de la ſeñora Doña Aguſtina Geronima Ramirez de Aguilar, muger que fue de el ſeñor Don Franciſco de Padilla y Guzman de el Conſejo de ſu Mageſtad, y ſu Oydor en eſta Real Audiencia difunto.

SOBRE QVE SE SVPLA, Y EMMIENDE LA SENTENCIA de Viſta de V.S. en que confirmò la de el Teniente Segundo, en que declarò aver cumplido el dicho Don Franciſco Velaſquez con la ceſsion, que en la Eſcriptura de el Conſulado de eſta dicha Ciudad hizo de los 48ų. reales vellon, de que fue vſufructuaria dicha ſeñora Doña Aguſtina, y ſe declare no aver cumplido condenando á los bienes, que quedaron por ſu fin, y muerte à la reſtitucion de dichos 48ų. reales, y ſe confirmò en quanto à aver denegado la tercerìa intentada [illegible] Don Franciſco Velaſquez.



O SERA TEMERARIO ARROJO á viſta de vna ſentencia de viſta de V. S. confirmando la de el Ordinario, ambos contra la Capilla, el que eſta eſcriva manifeſtando ſus defenſas por eſcrito la inſuficiencia de ſu Abogado, pues á vezes, y aun ſiempre llega à rayar la pluma aun mas allà de à donde no alcança la diſputa verbal, expueſta eſta à no fixas inteligencias ſi à interpretaciones inquietas, y tumultuarias; Lucas de Peña in *leg. vnic. Cod. de profeſſ. qui in Vrbe conſtant. lib.* 12. ibi: *Veritas facilius invenitur, ſtudio ſcripturæ quam diſputatione verbali, quæ vix poteſt abſque tumultu procedere.*

Y aunque tambien deſalentada eſta parte pudiera eſcaſear, y deſcaecer en ſu pretenſion en la ſuplicacion, que ha interpueſto de la ſentencia de Viſta de V. S. que contra ſi tiene, ſin embargo halla en el toſigo, y amargura de ſu primero vencimiento el animado aliento de el vencer, que eſpera en eſta ſegunda determinacion; pues ſi como dixo Bald. *in rubr. de apel.* la ſuplicacion eſtriaca contra el veneno, tambien nada mas proprio de los ſupremos Tribunales, como el de V. S. que el emmendar ſus ſentencias, quando examinadas mas, y mas las razones dàn la cauſa para ello, D. Chriſtoval Creſp. de Valdaora *obſerv.* 22. *num.* 24. ibi: *Nihil magis proprium ſupremorum Tribunalium, quam ſententias proprias corrigere ſi viderint aliquid minus recte deciſſum:* A quien ſiguieron Maſtrillo *de Magiſt. tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 454. Avend. *reſp.* 2. Parlad. *rer. cot. lib.* 2. *cap. fin.* 1. *part.* §. 1. *num.* 10. y Don Geronimo de Leon *tom.* 3. *deciſſ.* 26. *num.* 8. y no menos el Emperador Juſtiniano *in auth. de nupt. in præfat. non enim erubeſcimus* (dize) *ſi quid melius etiam horam quæ ipſi prius diximus, ad inveniamus, hoc ſancire, & competentem prioribus imponere correctionem.*

No es otra la cauſa porque ſe vèn revocadas las ſentencias de Viſta; que la contingencia de los pleytos, pues por mas clara, y notoria, que tengan la juſticia, eſtán ſugetos á las dudoſas contingencias de fortuna, y á los inciertos ſuceſſos de vna determinacion:

Fortuna litis in ancipiti loco eſt.

Y no

Y no es de admirar teniendo como tiene en las sentencias su influencia la fortuna, *leg. Si servus* 13. *ff. de stat. hom.* ibi: *Fortunæ iuditio; leg. eos, 6. §. Super ijs, Cod. de apellat.* ibi: *Pro fortuna singulorum sententia proferatur*, y Juan Baptista de Luca *in theatro veritatis, & iustitiæ lib. 9. de testam. & Cod. discursu 21. num. 18. habent sua sidera lites, seu dantur fata causarum*, mayormente quando no ay cosa tan cierta, que no padesca su duda, como pondera Justiniano *in auth. de tabell. colat. 4.* ibi: *Eo quod nihil inter homines sic est indubitatum, vt non possit* (licet aliquid sit valde iustissimum) *tamen sucipere quandam solicitam dubitationem.*

Y si es precissa la narracion de el hecho de el pleyto, para que como origen de el derecho se dixieran con mas facilidad sus questiones à la ley *ex plagijs, §. in clivo, ff. ad leg. Aquil.* se procurarà con la brevedad possible, y no menos claridad hazer puntual relacion de el pleyto, quæ sic se haber.

N. 1. Por Escritura publica su fecha de 8. de Febrero de 1671. segun testimonio dado por Diego Mexia Carreto siendo Escrivano Publico de esta Ciudad, en cuyo Oficio se otorgò, que está al fol. 127. de los autos Doña Cathalina Marta de Armas y Sotarripa Donzella, hizo donacion inter vivos á la señora Doña Agustina Geronima Ramirez de Aguilar, à quien de mucho tiempo tenia en sus casas, y compañia, de vnas casas collacion de San Vicente, para que las gozasse durante los dias de su vida, y por la de vn heredero, ò persona, que dicha señora Doña Agustina señalasse en su testamento, ò fuera de èl, y con el cargo de pagar vn tributo perpetuo de 30. ducados cada año, y que fenecidas las dos vidas bolviessen las casas à la disposicion, que hiziesse dicha Doña Cathalina. Le dona tambien hasta 60. marcos de plata, 2U. pesos de á 8. de plata, vna colgadura de Bruzelas, y otra de brocateles, escritorios, contadores, laminas, alfombras, bufetillos de estrado de hoja de plata, cama con colgadura de damasco, y otros diferentes bienes de omenage de casa, cuya donacion aceptò dicha señora, dandose por entregada de los bienes en ella contenidos.

N. 2. Por el mismo testimonio fol. 128. buelta, parece que en 5. de Septiembre de el mismo año de 1671. dicha Doña

Catha-

Cathalina de Armas y Sotarripa, diò poder para teſtar à el Padre Maeſtro Fray Juan Baptiſta Pluins, de el Orden de Santo Domingo para que hizieſſe ſu teſtamento ſegun ſe lo avia comunicado, en cuyo poder aprobò, y ratificò la referida donacion hecha à dicha ſeñora Doña Aguſtina.

N. 3. Por el miſmo teſtimonio, y à el referido fol. 128. buelta, en virtud de eſte poder para teſtar dicho Padre Fray Juan Baptiſta Pluins en 27. de Abril de el año de 672. otorgò el teſtamento de dicha Doña Cathalina de Armas, y en èl legò, y mandò à dicha ſeñora Doña Aguſtina todas las alhajas omenage de caſa que ſe hallaſſen á el tiempo de la la muerte de dicha Doña Cathalina, y diferentes prendas de plata de el Oratorio con todo lo à èl perteneciente, la liberta de la paga de el tributo de 30. ducados de las caſas que le donò, le dà facultad de que pueda en cada vn año nombrar dos Dotes de à 50. ducados cada vna de el Patronato que funda la dicha Doña Cathalina, y que ſi quiſieſſe eſtos 100. ducados para ſu manutencion lo pudieſſe hazer, y cobrarlos de el Patronato, le lega 500. ducados vellon, y la renta de el primero año que rindieſſe el Patronato.

N. 4. Por el miſmo teſtimonio fol. 130. buelta, conſta tambien, que por eſcriptura publica de 11. de Julio de 1680. dicho Padre Fray Juan Baptiſta Pluins le adjudicò de el miſmo modo à dicha ſeñora Doña Aguſtina el goze, y renta de 3. caſas en eſta Ciudad junto á la Puerta Real, y el vſufructo de 5ʉ. peſos que debia Manuel Jorge de Acoſta, los 4ʉ. por eſcriptura publica, y los 1ʉ. reſtantes por vale, para que gozaſe de eſte vſufructo durante los dias de ſu vida, y que por ſu muerte quedaſſen para el Patronato, y tambien le aplicò, y legò 200. ducados durante ſu vida en cada vn año de las rentas de el Patronato.

N. 5. Por otra eſcriptura publica de 11. de Septiembre, y año de 1700. que eſtà á el fol. 34. de los autos el Prior, y Conſules de el Conſulado, y Comercio de eſta Ciudad, ſe obligaron de pagar à dicha ſeñora Doña Aguſtina 4ʉ. peſos excudos con los intereſes de vno al mes con plazo de dos años que empezaron à correr deſde primero de dicho mes de Septiembre cuyos premios importaron 960. peſos excudos en cuya eſcriptura ſe puſo (muerta ya dicha ſeñora Doña Aguſtina) vna nota de aver Don Pedro Manuel de Aquerrigi, y dicho

 Don

Don Francisco Velasquez, como Albazeas, y comissarios de dicha señora adjudicado à la Capilla de Animas 48ꝧ. reales, y sus reditos en los 4ꝧ960. pesos de dicha escriptura.

N. 6. En 26. de Diziembre de el año de 706. diò poder para testar (que està á fol. 20. de los autos) à los dichos Don Pedro Manuel de Aquerrigui, y Don Francisco Belasquez y Baldès, y en vna de sus clausulas les dà facultad, para que declaren, como la otorgante declara, *que de el caudal que quedò por muerte de Doña Cathalina de Armas, y Sotarripa, se le dieron, y entregaron* 48ꝧ. *reales, para que los gozasse, y su vsufructo durante los dias de su vida, y para que despues de ella, los bolviesse, y restituyesse à el Patronato de la dicha Doña Cathalina*, y que mediante que esta cantidad la puso en el Consulado de esta Ciudad con interesses de que se le hizo escriptura, sus podatarios manden, que la otorgante manda, que quando se cobre dicha escriptura se entreguen dichos 48ꝧ. reales à la Hermandad de San Onofre, y Animas, cita en el Convento de San Francisco, *para que los imponga en renta, y de ellos cumpla con las dotes de Religiosas, que dexò dispuesto la dicha Doña Cathalina de Armas*; y nombra por su vnico, y vniversal heredero al dicho Don Francisco Velasquez, y Baldès.

N. 7. En 16. de Mayo de el año de 709. los dichos Don Pedro Manuel de Aquerrigui, y Don Francisco de Velasquez como tales comissarios otorgan el testamento de dicha Señora, que està à el fol. 2. de los autos, y en èl declaran falleciò dicha señora el dia 15. de Febrero de el mismo año de 709. y en conformidad de su voluntad, *declaran, y confiessan aver recebido dicha señora de el caudal, que quedó por muerte de Doña Cathalina de Armas los* 48ꝧ. *reales en vsufructo durante los dias de su vida, para que despues los bolviesse, y restituyesse à el Patronato que fundó dicha Doña Cathalina*, y que respecto de estàr inclusa esta cantidad en los 4ꝧ. pesos, que dicha señora prestò à el Consulado, y mediante averles dado facultad para que pudiessen mandar que quando se cobren los 4ꝧ. pesos se entreguen los 48ꝧ. reales à la Hermandad de San Onofre, y Animas en el Convento de San Francisco, *para que los impusiesse en renta, y de ellos cumpla con las Dotes de Religiosas, que dexó dispuesto la dicha Doña Cathalina de Armas, y* averles manifestado *el sumo desseo que tenia de que se efectuasse obra tan piadosa*, cumpliendo con lo que les comunicò, adjudican á

la Capilla 48ꝟ. reales en los 4ꝟ. pesos de la escriptura de el Consulado, y sus reditos correspondientes, *para que la Capilla cumpla con las dotes de dichas Religiosas, que dexò dispuestas Doña Cathalina de Armas y Sotarripa*, con la calidad, que luego que la Capilla cobre los 48ꝟ. reales se buelvan á imponer en fincas ciertas *para que su renta se convierta en dichas dotes*, y en el remaniente de sus bienes nombren por heredero vnico, y vniversal al dicho Don Francisco Velasquez.

N. 8. En 24. de Mayo de el mismo año de 709. Don Francisco de Velasquez diò peticion en la Capilla presentando la Escriptura de el Consulado, y las clausulas de el poder para testar, y testamento de dicha señora, en que á la dicha Capilla aplicaron los 48ꝟ. en la Escriptura de el Consulado, y pidiò admitiesse la Capilla estos instrumentos, y cession que hazian, que no admitiò la Capilla.

N. 9. En 27. de Mayo de el mismo año de 709. por ante el Teniente Segundo, Don Francisco de Velasquez y Valdès, confessando aver muerto la señora Doña Agustina el dia 15. de Febrero de dicho año previene el cumplimiento de su testamento.

N. 10. Y en 11. de Junio de el mismo año pareciò la Capilla ante el Teniente Primero, presentando la referida clausula de el poder, y testamento, y haziendole relacion de estos 48ꝟ. reales, de que fue vsufructuaria dicha señora, mandando se restituyessen à la Capilla, y que no negaba el heredero, ni podia pagar con la llamada cession contra la voluntad de la Capilla, y que la confession testamentaria de la deuda, mandando se pague, y restituya, era executiva, concluyò pidiendo execucion contra los bienes, que huviessen quedado por muerte de dicha señora por los 48ꝟ. reales, á que se proveyò auto precepto solvendo, que se notificò à el heredero quien formò competencia, para que estos autos se acumulassen à los de el cumplimiento de el testamento de dicha señora, que con efecto se mandaron acumular, y acumularon.

N. 11. Acumulados saliò á ellos la Capilla reproduciendo las referidas clausulas, è insistiendo en la execucion, que tenia pedida, à que se mandó notificar á el heredero pagasse, y restituyesse los 48ꝟ. reales, con apercebimiento de execucion.

No-

N. 12. Notificando este auto se dixo por el heredero no deberle parar perjuicio, y que se declarasse cumplia con la cession, que tenia hecha en la Escriptura de el Consulado.

N. 13. Los fundamentos de su defensa son, que la deuda, no consta de más instrumento, que de las referidas confessiones testamentarias, y que previniendose en estas, que el pago se haga con la cession, no podia la Capilla aceptar la deuda sin la qualidad de la cession. Que Doña Catalina de Armas dexò esta cantidad à dicha señora Doña Agustina para que pudiesse consumirla, y no restituirla, y disponer de ella como le pareciesse, y que el Consulado era seguro, y lo estaba al tiempo que hizo el prestamo, para que fructificara, y mas quando otras Communidades avian executado lo mismo haziendo al Consulado diferentes prestamos con interesses.

N. 14. Dado traslado à la Capilla insistiendo en la execucion, respondió diziendo, no se le podia pagar contra su voluntad con la cession de el credito de el Consulado estando como está de tan dificil exaccion, como es notorio. Que los 4U. pesos que prestò à el Consulado dicha señora, no fueron identicamente los 48U. reales de el vsufructo, que diferian en cantidad, y en tiempos; pues los prestamos que hizo dicha señora fueron desde el año de 93. hasta el de 700. y quando percibiò los 48U. reales de la disposicion de Doña Cathalina de Armas fue desde el año de 71. hasta el de 80. Que los primeros 3U. pesos de el prestamo hazen 45U. reales. Los de el vsufructo, y disposicion de Doña Cathalina 48U. Que ni en la primera Escriptura de los prestamos, ni en las demàs expressó fuesse el dinero de el que era vsufructuaria. A demàs de que para vsar de los 48U. reales, como vsufructuaria, avia primero de satisdar à favor de el Patronato, y la Capilla, como su Administradora, y Patrona, y para dàrlos á el Consulado (quando fuessen los mismos) requerir, y denunciar à la Capilla, que nada de esto avia executado dicha señora, y que en otra cession que dicha señora avia hecho á favor de la Provincia de Castilla de 11600. reales avia hipotecado la misma Escriptura de el Consulado, hasta en esta cantidad, su fecha de esta cession de 14. de Agosto de el año de 706. fol. 115. por donde era visto no ser los 4U. pesos de el Consulado, los 48U. reales de la dotacion. Que no cons-

taba

taba le dieſſe Doña Cathalina de Armas facultad de que diſpuſieſſe de los 48ꝟ. reales como le parecieſſe, antes ſi ſe evidenciaba lo contrario por la clauſula de el poder para teſtar, y la de el teſtamento, en que ſus Commiſſarios dezian, y confeſſaban les comunicò la teſtadora, *deſſeaba ſe efectuaſſe obra tan piadoſa, como que cumplieſſe la Capilla con las Dotes de Religioſas, que dexò diſpueſto Doña Cathalina de Armas y Sotarripa.* Que la confeſſion teſtamentaria aceptaba la Capilla en lo favorable, y la qualidad de el pago con la llamada ceſſion, como dividua, no podia impedir el ingreſſo de la via executiva fundada en la confeſſion teſtamentaria de la deuda adminiculada, que traìa aparejada execucion, y mas quando à mayor abundamiento eſtaba preparada con el precepto ſolvendo.

N. 15. Viſtos los Autos por el Teniente, por el que proveyò en 25. de Octubre de 709. dixo no avia lugar por aora la execucion pedida, y recibiò el pleyto â prueba con termino de 9. dias.

N. 16. Apeló de eſte auto la Capilla, pidió ſu revocacion, y que ſe deſpachaſſe la execucion, inſiſtiendo en lo que antes tenia alegado, y que la confeſſion teſtamentaria de la deuda ſe hallaba adminiculada no ſolo con lo que cõfeſſaban tambien losCommiſſarios averles comunicado la teſtadora,y que no negaban la deuda, antes ſe la confeſſaban, y que el pleyto era ſobre el modo de la paga, ſino tambien con los muchos legados, que à dicha ſeñora hizo el Commiſſario de Doña Cathalina de Armas, y donaciones, que ſe le avian hecho, y eſpecialmente con el vſufructo de los 5ꝟ. peſos, que debia Manuel Jorge de Acoſta, que tambien ſe le dexò á dicha ſeñora durante los dias de ſu vida, para que deſpues los reſtituyeſſe à el Patronato; y que aunque la Capilla de la Vera-Cruz cita en dicho Convento de San Franciſco, por averſele redimido vn tributo de 1400. ducados, preſtò eſta cantidad à el Conſulado, y el Viſitador en las quentas, que tomò à dicha Capilla, mandò reintegraſſe eſta cantidad en las Arcas, y que eſte auto lo revocò el Proviſſor, ſegun teſtimonio preſentado por la otra parte era caſo diſtinto, porque la Capilla de la Vera-Cruz no era vſufructuaria, ni adquiria para ſi el vſufructo de los 1400. peſos, la ſeñora Doña Aguſtina ſi. La Capilla no debia ſatiſdar para vſar de el dinero;

la ſeñora Doña Aguſtina ſi. La Capilla no debiò denunciar, ni requerir, porque no tenia à quien, pues era la Patrona de la dotacion de los 1400. peſos que diò à el Conſulado, la ſeñora Doña Aguſtina ſi, que es à la Capilla de las Animas proprietaria de los 48ʒ. reales como Patrona, y Adminiſtradora de el Patronato de Doña Cathalina de Armas, y Sotarripa, à demàs, de que aunque la de la Vera-Cruz, y otras Comunidades huvieſſen eſtilado dàr en mutuo con premios à el Conſulado algunas cantidades, el eſtilo no ſe eſtendia à caſos, coſas, perſonas, y lugares diſtintos, mayormente quando el preſtamo que hizo à el Conſulado la Capilla de la Vera-Cruz, fue en el año de 702. por la imbacion, y hoſtilidades que hizieron las Armadas Ingleſa, y Olandeſa en la Ciudad de el Puerto, cuya cantidad ſe avia convertido en Miſſas por el Conſulado à fin de los buenos ſuceſſos de el Reyno, aun antes de el auto de el Proviſor quien diò licencia extrajudicial para que los 1400. peſos ſe diſtribuyeſſen en las referidas Miſſas que aſſi conſtaba de el miſmo teſtimonio preſentado de contrario, y de acuerdo de la miſma Capilla.

Dado traslado à la otra parte, inſiſtiò en ſus legaciones, y
N. 17. deduxo otra de nuevo, y fue era acreedor à los bienes de dicha ſeñora Doña Aguſtina de ſu legitima materna, que por via de depoſito avia entrado en poder de el ſeñor Don Franciſco de Padilla, y por ſu muerte ſe avia apoderado de ellos la ſeñora Doña Aguſtina que ſu legitima importaba, ſi bien por entonces no juſtificò eſta tercerìa, y preſentò á el fol. 157. teſtimonio de como por Agoſto de el año de 93. dicha ſeñora preſtò à el Conſulado 3ʒ. peſos con premios de vno à el mes que importaron 720. peſos á pagar dentro de dos años que ſe chancelò, otros 4ʒ. peſos año de 98. por tiempo de vna año, y ſus premios 480. peſos chancelada, y la tercera en 11. de Septiembre de el año de 700. de 4ʒ. peſos, y ſus intereſes 960. peſos tiempo de dos años que cumplieron fin de Agoſto de 702. y no eſtà chancelada.

N. 18. Reſpondiò â eſto la Capilla, que el teſtimonio hazia contra la otra parte; pues en ninguno de eſtos preſtamos hizo mencion fueſſe alguno de ellos de los 48ʒ. reales de la Capilla, antes ſi manifeſtaban las proprias negociaciones,

que

que dicha señora hazia de caudal suyo proprio, y no de la Capilla; y mas se evidenciaba pues como proprio lo hipotecò à la cession de la Provincia de Castilla; y que como constaba de testimonio que presentò al fol. 162. sacado en virtud de Provission compulsoria citada la otra parte, quando se puso la nota en esta vltima Escriptura de el Consulado, de que pertenecian en ella á la Capilla los 48ɥ. reales, fue en 22. de Mayo de 709. muerta ya la señora Doña Agustina, y por su heredero, y Albazea.

N. 19. Vistos estos Autos por U. S. por el proveìdo en 27. de Junio de 710. se confirmó el de el Teniente, con que la prueba fuesse para todas las excepciones deducidas por Don Francisco Velasquez.

N. 20. Debuelto el pleyto à el Teniente, pidiò la otra parte se le diesse por libre de la pretencion de la Capilla por lo que tenia alegado, y que quando lugar no huviesse, se le avia de hazer pago en primero lugar, y antes que à la Capilla de 61ɥ141. reales de vellon de su legitima.

N. 21. Presentò para esto testimonio de particiones hechas año de 76. à los bienes que quedaron por muerte de Doña Benita Bernarda de Baldès su Madre, en que por su legitima Materna le tocò la referida cantidad, que se le adjudicò los 6250. reales en el principal de vn censo en Madrid 13735. reales, en 19ɥ563. que á dicha disposicion relaciona el testimonio debia el señor Don Francisco de Padilla. Y la restante cantidad en sillas, taburetes, bufetes, laminas, contadores, vestidos, y 101. onças de plata.

N. 22. Satisfizo à esta tercerìa, y testimonio presentado la Capilla, con que esta llamada legitima se componia de las referidas partidas, que la de 6250. reales de el censo no entrò en poder de dicho señor Don Francisco, y assi mal pudiera ser depositario de esta cantidad, ni el credito de la otra parte, como de deposito los 13735. reales deuda, que se dezia debia dicho señor, que no constaba, ni se justificaba con la relacion que hazia dicho testimonio sacado por no Juez competente para este pleyto, ni en virtud de compulsorio de V. S. ni con citacion de la Capilla, además de que aunque constasse de la deuda de dicho señor Don Francisco, era personal, y se posponia à la hipotecaria expressa de la dote de la señora Doña Agustina, segun su Escriptura dotal de

de 1. de Febrero de el año de 83. fol. 198. de los autos; que importó 26ʊ99. pesos excudos, y 23ʊ420. ducados vellon, estas partidas en plata, dinero, joyas, casas, rentas vitalicias, esclavos, que los demás bienes muebles no estaban extantes â el tiempo de la muerte de el señor Don Francisco, como constaba de el inventario que se hizo por su muerte, que està al fol. 274. de los autos, â que se llegaba, que precissamente se avian de aver menoscavado los bienes muebles de la legitima desde el año de 76. q̃ se dize entraron en poder de dicho señor, hasta el de 92. en q̃ muriò, en q̃ avian passado 16. años. Que los bienes que dexò el señor Don Francisco segun el referido inventario fueron los de la dote, y otros comprados con dinero de ella, que assi lo declaraba dicho señor Don Francisco en su testamento, que otorgò en 20. de Março 692. fol. 192. en que tambien ordenò se le restituyessen á dicha su Muger, y que por mas que avia solicitado conveniencia para su entenado Don Francisco Velasquez no la avia conseguido.

N. 23. Expressóse tambien en el inventario hecho de los bienes, que quedaron por muerte de el señor Don Francisco de Padilla, como eran los de la dote de dicha señora Doña Agustina, y esto mismo consta tambien de vnas memorias, que presentò la otra parte fol. 194. y 195. en que en ellas confiessa, que de los bienes inventariados por muerte de el señor Don Francisco, solo eran de dicho señor la libreria, el coche, vna joya, y vnos cortos bienes de omenaje de casa.

N. 24. Y con esto que consta de estos instrumentos prosiguiò su alegacion la Capilla, que en estos bienes dotales estantes mal podia pretender el pago, ni prelacion la otra parte, como ni en los cortos bienes, que no eran dotales, lo vno por no estar existentes los muebles de su legitima, que aunque de ellos huviesse sido depositario el señor Don Francisco, consumidos se reduce à deposito irregular, que se pospone al credito hipotecario, y privilegiado de la dote; con que concurre que desde el año de 76. que fue el entrego de la legitima, hasta el de 92. que muriò dicho señor, estuvo sustentando, y alimentando á la otra parte, que dado caso tuviesse algun derecho, estaba bastantemente pagado con los alimentos que le diò, y tambien con los que le diò la

señora

señora Doña Agustina desde la muerte de su marido, hasta el de dicha señora, que fue por Febrero de el año de 709. sin que en todo este tiempo aya tenido la otra parte mas conveniencias, que la de llavero de los Almacenes de el Tabaco, desde el año de 701. hasta el de 709. con salario de 300. ducados, y 200. ducados desde el año de 704. que no se sabe hasta quando de vnas cortas agencias de Don Lope de Quevedo, y Don Francisco de Ribera, vezinos de Valladolid el primero, y de Murcia el segundo, sin que pudiessen aver fructificado para sus alimentos los bienes muebles de su legitima como infructuosos, y consumidos.

N.25. Recibiòse el pleyto à prueba, y la que hizo esta parte al tenor de el interrogatorio que presentò, fue que en el tiempo que la otra estuvo en las casas, y compañia de el señor Don Francisco de Padilla, que fue desde el referido año de 76. hasta que muriò por el de 92. no tuvo empleo, ni ocupacion de conveniencia, en que pudiesse aver adquirido caudal, y que antes si en todo este tiempo lo estuvo sustentando, y manteniendo de vn todo dicho señor, en que gastaria á lo menos 300. ducados cada año, que de vista, y cierta sciencia por la mucha familiaridad, y entrada que tenian en las casas de dicho señor lo dizen todos los testigos.

N.26. Probò tambien que desde la muerte de dicho señor Don Francisco hasta la de dicha señora Doña Agustina su Muger, estuvo la otra parte en las casas, y compañia de dicha señora sustentandolo, y vistiendolo, y aun dandole algunas cantidades que pedia, en que gastaria 300. ducados cada año, sin que en este tiempo tuviesse mas conveniencias, que desde el año de 701. hasta el de 709. el empleo de Llavero de los Almacenes de el Tabaco con 300. ducados de salario, y desde el de 704. sin saberse hasta quando 200. ducados de las referidas agencias, que de el mismo modo lo contestan los testigos de conocimiento, y cierta sciencia.

N.27. Articulò la otra parte que los 4U. pesos, que prestò á el Consulado el año de 98. la señora Doña Agustina procedieron de los 3U. que en el año de 93. avia tambien prestado à el Consulado, y que no percibiò sus cantidades, aunque se cumplian sus plazos, y se quedaban en el Consulado, y se bolvian à hazer nuevas Escripturas. Sus testigos dizen de oìdas à dicha señora, que no prueban, y Don Alonso

 Mu-

Muñoz se arrojò á dezir, que èl fue quien en el año de 93. llevò á el Consulado los 3720. siendo assi que no fueron mas que 3ʯ. pues los 720. restantes eran los premios que avian de correr vno à el mes, con que se halla convencido, como los demás testigos, que aunque de oìdas à dicha señora de que no cobraba, y dexaba en el Consulado las referidas cantidades, consta de testimonio en el pleyto presentado à el fol. 157. buelta, que luego que se cumplian los plazos pagaba el Consulado, y se chancelaban las Escripturas, y daba carta de pago dicha señora, y esto mismo consta por Certificacion de el Contador de el Consulado en el pleyto tambien presentada.

N.28. Articulò tambien que los 3ʯ. pesos, que por dicho año de 93. diò à el Consulado fueron de los 48ʯ. reales que recibió de la disposicion de Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, en que sus testigos dixeron de oìdas á dicha señora Doña Agustina, y no pudieron dezir otra cosa, pues el año de 83. se casò, el de 92. embiudò, el de 93. hizo el primero prestamo á el Consulado; y si quando se casò todo su caudal como dote entrò en poder de el señor Don Francisco de Padilla, y dicho señor muriò, sin dexar vn real en dinero como parece de el Inventario de sus bienes, estos 3ʯ. pesos, y los demás que diò á el Consulado la señora Doña Agustina, yà Viuda, mal pudieran ser los mismos 48ʯ. reales, que recibiò de la disposicion de Doña Cathalina de Armas, los que prestò à el Consulado, sino de lo que hizo de los bienes que quedaron por muerte de dicho señor su marido, mayormente quando en ninguna de dichas escripturas expressó era el dinero de el que era vsufructuaria.

N.29. Articulò assimismo, que despues de el año de 1706. que dicha señora otorgò el poder para testar; manifestò que el dexar à la Capilla los 48ʯ. reales no fue por obligacion, que tuviesse, sino por averse inclinado à dexarselos, y que llamó à el Escrivano para revocar la clausula de el testamento de la confession de la deuda, y dexar este dinero para otra parte, para vna dotacion, y que el no averlo hecho fue porque le diò vn accidente de que muriò.

N.30. Dizen la pregunta los testigos de oydas à dicha señora, y el Padre Fray Juan de Luzenà su Confessor vno de ellos,

que tuvo entendido, que el querer hazer lo referido fue ſegun le oyò dezir, los pleytos que tenia con la Capilla (que con efecto tuvo en que alcançò la Capilla en mas de 11ꝟ. reales, que de la renta de el Patronato, cobrò dicha ſeñora, anticipados de que no ha dado ſatisfacion por aver muerto ſin aver devengado eſta cantidad, que aſſi conſta de certificacion de el Contador de la Capilla en el Pleyto preſentada) dizen tambien los teſtigos todos, oyeron à dicha ſeñora eran los 48ꝟ. reales para que ſe impuſieſſen en dotes de el Patronato de dicha Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, que para eſto ſe los avia dexado la Fundadora, (que en quanto á eſto como teſtigos contra producentem prueban mas la certeza de la confeſſion teſtamentaria de la deuda.)

N. 31. Añade tambien ſu Confeſſor, que quando fue el Eſcrivano para la revocacion, le diò el accidente de que à el dia ſiguiente muriò; y ſi muriò año de 709. y quando diò el poder para teſtar, fue por el de 706. à ſer cierto queria revocar el poder, ò claſula en èl contenida lo podia aver hecho en tres años, que paſſaron deſde el otorgamiento de el poder à quando muriò que no hizo, que aun dado caſo lo huviera hecho fuera de ningun momento, porque no lo podia hazer.

N. 32. Dize tambien el Confeſſor, que Don Diego de Arroyo Hermano de la Capilla, le dixo à el teſtigo, no era la voluntad de la Fundadora de el Patronato, lo que queria executar dicha ſeñora Doña Aguſtina, de que diſpuſieſſe de los 48ꝟ. reales, como le pareciеſſe en otro Convento, por que aſſi ſe lo avia dicho à dicho Don Diego de Arroyo Doña Inès de Ribera, porque à demás de deponer el Confeſſor de oydas à el Don Diego de Arroyo, y eſte à la dicha Doña Inès, que no examinada, como no lo eſtá, ni el dicho Don Diego de Arroyo no prueba, no ſe ſaca coſa alguna de el dicho del Confeſſor en quanto á eſto, y ſi de lo que tambien dixo contextando con los demàs teſtigos, de que para el Patronato de Doña Cathalina de Armas, y Sotarripa avian de ſervir los referidos 48ꝟ. reales.

N. 33. Articulò, que deſde que embiudó dicha ſeñora Doña Aguſtina haſta que muriò, la eſtuvo ſuſtentando la otra parte, y pagando la caſa, ſalarios de Criados, labrando cho-

colate,

colate, comprando paja, y cebada para las mulas, pero para prueba de tan temeraria pregunta, que algunos de sus testigos quisieron à su contemplacion dezir, basta para su convencimiento con que la casa era dicha señora, quien la pagaba, aunque el arrendamiento se hazia à nombre de la otra parte, assi consta de carta de pago à el fol. 69. de los autos; y lo que mas es, que no teniendo mas que 300. ducados desde el año de 701. y docientos desde el año de 704. y aviendo de vestir, y gastar, quiera con este corto salario, y de tan poco tiempo sustentarse, y à dicha señora pagando salarios sustentando vn coche, y la casa, quando eran 2U. reales, que dicha señora pagaba de arrendamiento.

N.34. Passado el termino de prueba, y hecha publicacion de probanças se alegò de bien probado por las partes, y por la de Don Francisco Velasquez se presentó otro poder para testar que en el año de 87. dió la señora Doña Agustina al señor Don Francisco de Padilla su marido, que esta á el fol. 365. de los autos en que no declarò los 48U. reales infiriendo de aqui que à no aver sido voluntario en dicha señora dexar esta cautidad à la Capilla lo huviera declarado tambien en este poder de el año de 87. pero se convence esta alegacion con el poder posterior de el año de 706. como lo declararon, y confessaron sus Commissarios, y con lo que dexan depuesto sus testigos á demàs de que el poder que en dicho año de 87. otorgò la señora Doña Agustina al señor Don Francisco su marido, fue para que dicho señor dispusiesse lo que la otorgante le tenia comunicado (como de dicho poder consta,) y pudo averle comunicado era deudora á la Capilla de los 48U. reales, y que se le restituyessen.

N.35. Concluso el Pleyto, y visto por el Teniente dió, y pronunciò sentencia fol. 387. en que declarò, aver cumplido la otra parte con la cession que hizo como heredero, Commissario de dicha señora en la escriptura de 4960. pesos de el Consulado, y condenò à la Capilla à que estuviesse, y passasse por ella, y absolviò, y diò por libre â los demàs bienes que quedaron por muerte de la señora D. Agustina, y que cobrado, que fuesse la Capilla esta cantidad la convirtiesse conforme la voluntad de dicha señora que expressó en el poder para testar.

Apelòse

N. 36. Apelòse de esta sentencia por la Capilla para ante V. S. en quanto por ella declarò el Teniente aver cumplido la otra parte con la referida cession, y aviendo el pleyto passado por su orden à esta Real Audencia de la referida sentencia difinitiva, y expressado agravios de ella, solo en quanto à lo de que se apeló por los fundamentos, que tenia en la primera instancia alegados, sin que por la otra parte se huviesse adelantado cosa alguna, mas que insistir en lo que tenia dicho, concluso el pleyto en la primera instancia de V. S. y visto, confirmò la referida sentencia de el Teniente como en ella se contiene.

N. 37. Suplicòse de esta de vista de V. S. por la Capilla, y lo que en esta instancia de revista alega de nuevo, es que aviendo Doña Luisa de la Raga, fundado en el Colegio de San Buenaventura de esta Ciudad vna memoria de Missas, y dexado por su Administradora á la Capilla de Animas, cita en el Compaz de el Convento de San Francisco Casa Grande, y entregandole á esta Capilla los Albazeas de la dicha Doña Luisa 7623. reales, y 18. mrs. para que se impusiessen, ó comprassen, fincas para el cumplimiento de dicha memoria comprò la Capilla vnas casas en calle de Escobas sin expressar con que caudal compraba, que aviendose baxado la renta de dichas casas, y no siendo bastante el residuo para el cumplimiento de dicha memoria, y conviniendole el Colegio por la renta enteramente de dicha memoria se mandò hazer remate de los bienes de dicha Capilla por la cantidad que à dicho Colegio se le debia, *atento à que por los recados presentados no constaba que dichas casas calle de Escobas fuessen finca especial de dicha memoria, cuyo auto se confirmò por los de vista de V. S.* assi consta de testimonio de dicho pleyto, sacado en virtud de prevission compulsoria de V. S. citada la otra parte, presentado al fol. 405. de los autos.

N. 38. Con este testimonio alega la Capilla, que assi como por no aver juestificado la Capilla en el pleyto con el Colegio la identidad de que con el dinero que recibiò de los Albazeas de Doña Luisa de la Raga comprasse las referidas casas calle de Escobas se le condenò por V. S. assi de la misma suerte por no aver justificado la otra parte que los 48ɥ. reales que en vsufructo tuvo la señora Doña Agustina, y reció desde el año de 71. hasta el de 80. fuessen identicamente los que

desde el de 93. hasta el de 700. prestò á el Consulado, deben ser condenados los demàs bienes de dicha señora, sin que cumpla el heredero cõ la llamada cession, pues la sentencias, y executorias de V. S. como de Tribunal superior son ley, y obstan en pleytos semejantes.

N.39. Alega tambien de nuevo, que de quantas cantidades han dado prestado à el Consulado Obras pias, han sido sin licencia de el Ordinario Eclesiastico, y solo con ella la dió la Colegial de San Salvador de esta Ciudad, previniendo en ella no avia de llevar la Colegial premios, ni interesses, que assi consta de el testimonio dado por Pedro Garcia Duran Escrivano Publico, en virtud de Provission compulsoria citada la parte, presentada à el fol. 417. buelta; y que si el Provisor revocó el auto de el Uisitador, en que mandò, que la Capilla de la Vera-Cruz reintegrasse en las Arcas 1400. pesos, que avia prestado à el Consulado fue porque ya estaban distribuìdos en Missas por los buenos sucessos de el Reyno, sobre que avia precedido licencia extrajudicial de el mismo Provisor, como de el mismo modo constaba tambien de testimonio dado por el Escrivano de la Capilla de la Ucra-Cruz tambien de nuevo, y en esta instancia de Revista à el folio 414. buelta, presentada, y dado en virtud de compulsorio de V. S.

N.40. Suplicò tambien la otra parte en quanto à no averle dado grado en primer lugar por la cantidad de la llamada su tercerìa, que funda en lo mismo, que tenia dicho, è instrumento que avia presentado, y en quanto à esto se satisfizo por la Capilla de Animas, con lo que tambien de antes tenia dicho.

N.41. Respondió la otra parte á el testimonio de el pleyto con el Colegio de San Buenaventura, que presentò la Capilla, presentando otro de el mismo pleyto en relacion, è insertas à la letra las alegaciones de el Colegio, y la Escritura de obligacion, que à su favor por el año de 606. otorgò la Capilla de comprar finca para el cumplimiento de las Missas, y ocultò las alegaciones de la Capilla, y la qualidad de la sentencia motivada, *atento no constaba que dichas casas Calle de Escobas fuessen finca especial de dicha memoria.*

N.42. Con este testimonio, que presentò la otra parte, alegò que la Capilla se obligò de cumplir la memoria de Missas, y

que

que en la compreda de las casas no expressó la hazia para dicha dotacion de Missas, y que assi no justificada la identidad de el dinero, de que fuesse de la memoria de Missas, no obstaba el exemplar de la determinacion de el pleyto de el Colegio.

N.43. Pero la Capilla retrocede esta alegacion contra la otra parte, pues si en la compreda de las casas Calle de Escobas, no expressò la hazia con caudal de la memoria de Missas, y por esto fue condenada, tampoco la señora Doña Agustina quando hizo los prestamos de el Consulado expressó eran de los 48ÿ. reales de el vsufructo, y por esto deben ser condenados sus bienes à la paga, y satisfacion de esta cantidad; y si la obligacion q̃ contraxo la Capilla à favor de el Colegio fue de cumplir la dotacion, lo fue tambien de emplear el dinero, que recibiò en comprar finca para el cumplimiento de la memoria de Missas, y el obligarse á cumplir se entiende interin que no impusiesse, ó comprasse finca, pues la culpa, y negligencia, que pudiera tener en no hazer el empleo, no podia perjudicar â la dotacion de Missas, y assi aviendo comprado las casas incontinenti que tomò el dinero, cumpliò con su obligacion, que assi lo alegò en el pleyto con el Colegio, como parece de el testimonio de dicho pleyto, que tiene presentado, y el pleyto està concluso en esta instancia de Revista.

N.44. His itaque in facto enarratis se dividiràn las questiones de derecho para su mayor claridad, y mas breve comprehension en tres: en la primera se tocarà, que la confession testamentaria, que hizo la señora Doña Agustina de là deuda en el poder para testar de 48ÿ. reales, declarando aver sido vsufructuaria de ellos, pertenecer â el Patronato de Doña Cathalina de Armas de que es Patrona, y Administradora la Capilla, y mandando se restituyan en la Escriptura de el Consulado, adminiculada con la confession, que tambien hizo Don Francisco Velasquez en el testamento, que otorgó en virtud de el referido poder, como heredero, y Commissario de dicha señora, declarando esta deuda, y con otros adminiculos, è indicios, que de los autos resultan de la certeza de esta deuda, està bastantemente probada sin que cumpla el heredero, y

Alba-

Albazea con la cession, que tiene hecha. La segunda serà responder, y procurar satisfacer â las alegaciones contrarias; y la tercera solicitar desvanecer la tercerìa intentada por dicho Don Francisco Velasquez, ò al menos no tener lugar en los bienes, que quedaron por muerte de dicha señora Doña Agustina, ni poder preferir â el credito de la Capilla por los 48ע. reales, que se le deben restituir.

I. QUÆSTIO.

N.45. PRUEBA contra el heredero la confession testamentaria, que hizo la señora Doña Agustina Ramirez de Aguilar de tener en vsufructo los 48ע. reales, para por su muerte restituirlos á el Patronato que fundò Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, de que es Patrona, y Administradora la Capilla, y Hermandad de las Benditas Animas, y San Onofre, cita en el Compaz de el Convento de San Francisco Casa grande de esta Ciudad por hallarse adminiculada, y por que Don Francisco Velasquez y Baidès no tiene negada la deuda.

N.46. Es el texto capital el de la ley *Lutius* 90. *la segunda*, §. *Quisquis michi hæres, el segundo de legat*. 2. cuius est species, testador que en su testamento confessó deber cierta cantidad, que dixo tener en deposito, ordena se pague, y restituya; y dudandose si esta confession testamentaria probaba plenamente la deuda contra el heredero; decide el Consulto sino se debia la cantidad no se puede pedir sino como legado, ó fideicommisso; verba textus sic se habent: *Quisquis michi hæres sciat me debere Demetrio Patruo meo denaria tria, & deposita apud me, quæ etiam protinus reddi & solvi ei iubeo: quæsitum est, an & si non deberentur actio esset respondi si non deberentur nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso*.

N.47. Toca el texto D. Vela *discert*. 42. hablando de Padre que texta, si su confession de deuda perjudique â el hijo en su legitima (que no puede gravar *leg. quoniam in prioribus, Cod. de in offic. testam.*) y despues de dàr el Autor por

prin-

principio elemental de que por si sola la confession testamentaria plene non probat. *leg. qui testamentum 27. ff. de probat.* y esto aunque sea jurada si se presume es por fraudar â la legitima de los hijos ab argumento la ley *cum quis decedens, §. Titia de legat. 3. auth. quod obtinet, Cod. de probat.* resuelve la question, que por esta confession no se perjudica à el hijo en la legitima, y se convierte en legado en el remaniente de el quinto; à la ley *Lutius* citada; pero el Autor habla en terminos de que aliunde no conste de la deuda, porque constando presumptive tanquam debitum peti potest.

N.48. Es doctrina de Gomez *tom. 1. variar. cap. 12. num. 26. in fine*; ibi: *Quod inducit confessionem testatoris, quæ operatur semiplenam probationem, vt in capit. fin. de suss. ab intest. & cum alio teste, vel semiplena probatione, poterit petere debitum ex contractu*; repitiendo esta misma doctrina al *num. 81. vers. ex quo notabiliter sub infertur*; ibi: *Item etiam operabitur semiplenam probationem vt cum vno teste fiat plena probatio, vel deferatur juramentum in suplementum probationis.*

N.49. Y lo mismo *in leg. 83. Taur. num. 15.* que despues de afirmar, que la confession testamentaria por si sola no prueba plenamente, prosigue con estas palabras: *Quod tamen intellige quando talis confessio defuncti reperitur sola, secus tamen est, si cum ea concurrant alia inditia, quia tunc plene probat, quia non est credendum, quod in tali articulo quis contra se, & propriam conscientiam testimonium falsum dicat, nec dedet presumi in memor salutis æternæ.*

N.50. Siguiò la misma D. Salg. *in labirint creditorum 3. part. cap. 13. num. 20. vers. hinc patet*; ibi: *Si confessio emanaverit in testamento, valeuit in vim legati, nisi is in cuius favorem confessio emanaverit, eandem adminiculis, & conjecturis adiubet, vel debitum confessatum, probet.*

N.51. Acompañan esta verdadera, y general limitacion Avend. de *exeq. mandatis, cap. 29. num. 15.* Escobar *de purit. 2. part. quæst. 6. §. 4.* y con otros muchos Gutierrez *lib. 3. pract. quæst. 96. num. 7.* Avendaño; ibi: *Licet dicta confessio Patris jurata in præinditium tertij non probat, illud est verum, quo ad plenam probationem, secus est quo ad semiplenam: quia adhibito vno integro teste concordante cum testatoris confessione,*

ne, erit vera probatio. Escobar *licèt confessio Patris dicentis se habuisse pecunias à filio regulariter non probet, si tamen concurrant alia adminicula, fidem facit, & quamvis regula juris sit quod confessio tertio non noceat tamen adminiculata, & verisimilis adversus omnes probat.* Y Gutierrez *Si vltrà confessionem testatoris simplicem de debito adsint, & probentur alia adminicula, & coniecturæ debiti alijs inditijs licet ex se non sufficientibus omnino: his enim simul iunctis cum predicta confessione testatoris, si judex juste animum inducat ad credendum vere debitum esset, poterit contra testatorem pronunciare, licet vivum dummodo in hoc arbitrio recti, & cauti judicis vtatur.*

N.52. Que conjeturas, indicios, y presumpciones concurran, que adminiculen la confession testamentaria de dicha señora Doña Agustina, para que se tenga esta por probança plena de la deuda. Sea la primera las muchas porciones, que recibiò de la disposicion de la dicha Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, fundadora de el Patronato, y de su Albazea Commissario, como fueron preciosas prendas de oro, y plata, alhajas ricas de omenage de casa, el goze de las casas vitalicias, rentas vitalicias con que le contribuyó la Capilla hasta el dia de su muerte; y lo que mas es el vsufructo de otros 4ŋ. pesos, que debia Manuel Jorge de Acosta por Escritura publica, y otros 1ŋ. por vn Vale, pera que por su muerte restituyesse la propriedad de estos 5ŋ. pesos á este Patronato, para Dotes parientas, y estrañas, como assi consta de el testamento, que otorgò el Commissario en virtud de el poder para testar, que le diò la fundadora, y Escriptura publica que en 11. de Junio de el año de 80. otorgò dicho Commissario, aplicando estas porciones en vsufructo, y con el gravamen de restitucion à dicha señora Doña Agustina, de que diò testimonio Diego Mexia Carreto Escrivano Publico que fue de esta Ciudad, en virtud de Provission de V.S. citada la parte en el pleyto presentado. Y assi de estos antecedentes se corrobora de mas verdadera la confession testamentaria de dicha señora Doña Agustina, y se afiança mas la certeza de los 48ŋ. reales, que en vsufructo tuvo, perteneciente su propriedad á el Patronato de Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, de que es Patrona, y Administradora la Capilla.

Es

N.53. Es el texto expresso *in leg. si servus plurium, §. fin. ff. de legat.* 1. ibi: *qualis fuerit animus in sequenti probatur ex precedentibus*; y Menoch. *de præsumpt. lib.4. præsumpt.* 16. *num.* 8. donde hablando de la presumpcion legal de màs afeccion que el testador tiene al pariente, que à el estraño, y à el mas cercano que à el rumoto leg. *cum Abuis de cond. & demonst.* leg. *cum acutissimi, Cod. de fideicomm.* leg. *generaliter, §. cum autem, Cod. de inst. & subst.* Dà tambien por presumpcion, y conjetura de esta voluntad la porcion, que antes en el mismo testamento les dexò à sus Padres; ibi: *Septima conjectura maioris afectionis testatoris sumitur ex eo, quod testator ipse præsumitur magis diligere filios in portione iam relicta eorum Patri, quam alios.*

N.54. Mas descubre esta afeccion, y certeza de la presumpta voluntad el mismo Menoch. *in loco proxime citato num.* 4. *secunda coniectura*; ibi: *Signum afectionis maioris sumitur ex maiori vtilitate, & commodo quod testator vni plusquam alteri afert vt si testator vni hæredum plus prælegabit quam alteri, illud plus diligere significavit.*

N.55. El señor Don Juan de el Castillo *lib.4. contr. cap.* 38. hablando de las disposiciones, y vltimas voluntades dudosas, y discurriendo como se conozca la mente de el que texta, y dispone, resuelve à el *num.* 1. diziendo: *Secundum coniectaras, qualitates, & circunstantias diversimode quoque concurrentes*; explicalas con estas palabras: *Ex modo quo verba proferentur: ex verbis ipsis: ex personis, & rebus, & subiecta materia: ex ratione indispositione expressa, vel subintellecta, atque ex alijs pluribus, verba obscura, sive ambigua, contra vnum, vel alterum, sive in vnins, vel alterius favorem interpretari debeant; & hoc est securior, & melior, ac etiam generaliter, quæ in proposito articulo proferri, & constitui, valeat doctrina, nec adeo generalis excogitari valet.*

N.56. Todo esto, ò al menos lo mas se halla en el caso de el pleyto, pues la grande afeccion que la testadora tuvo á la señora Doña Agustina la demuestran las muchas, y tan considerables porciones de dinero, plata, oros, casas, y alhajas que le dexò, pues à poco tiempo de percebidas casò con el señor Don Francisco de Padilla, componiendole la Carta de dote, como de ella parece, otorgada año

de

de 83. de 29U99. pesos excudos y medio, y 23420. ducados vellon, y esto, y el dexarle assimismo el vsufructo de otros 5U. pesos excudos, los 4U. de vna Escriptura, y los 1U. restantes de vn Vale hecho por Manuel Jorge de Acosta, para que fuesse vsufructuaria de ellos durante su vida, y que per su muerte los restituyesse à el Patronato de Moña Cathalina de Armas para dotes de parientas, y estrañas, que es, ni pueda ser, sino mas presumpciones de la certeza de el vsufructo de los 48U. reales, para que estos por su muerte se restituyessen à la Capilla, y mayores evidencias, que adminiculan, y corroboran de dicha señora su confession testamentaria.

N.57. No solo esto, sino que la confession testamentaria por si sola prueba adversus heredem, quando esse la aprueba, y confiessa la misma deuda, y quando es visto, quiso el testador gravar à el heredero estraño, y contraer obligacion (que tambien en las vltimas voluntades se contrae, leg. *hæres Palam*, §. *fin. de testam.*) es lugar de Gomez *in dicto primo tom. cap.* 12. *num.* 81. Gutierrez *de juram. confirm. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 10. *& cap.* 6. *num. fin.* Avendaño *de exequend. mand. cap.* 29. *num.* 10. y de Rodrig. *de execution. cap.* 1. *art.* 2. *ex num.* 41. Añadiendo Avendaño, que quando mandò el testador se restituyesse lo que debia (como assi mismo lo ordena dicha señora Doña Agustina) que este mandar restituir es contraer obligacion.

N.58. Y aun en terminos mas estrechos de que la confession testamentaria de la deuda mandando el testador se restituya, y pague, traiga aparejada execucion quando el heredero la reconoce en el testamento, lo afirma Parlad. *lib.* 2. *rer. cotid. cap. fin.* 1. *part.* §. 4. *num.* 18. *&* §. 9. Paz *in prax.* 4. *part. tom.* 1. *cap.* 1. *num.* 19. *y* 20. Bolañ. *in cur.* 2. *part. juizio executiv.* §. 7. *num.* 2. y Avil. *in cap. prætor. cap.* 10. *glos. execucion num.* 8. fundados en que el testamento es instrumento publico, y authentico, y la confession hecha en el testamento como publico instrumento, es confession judicial, que como tal prepara la via executiva à la ley 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*

N.59. Que no contradiga esta confession testamentaria, y certeza de aver sido solo vsufructuaria de estos 48U. reales

la

la ſeñora Doña Aguſtina , Don Franciſco Velaſquez y Baldès ſu heredero (ſino ſolo el modo de la paga, que es ſobre que ſe ſufre el pleyto) ſe ajuſta de que aceptò el poder para teſtar, y en èl la confeſſion de la deuda; y lo que mas es, que en el teſtamento que en virtud de dicho poder otorgò, la confeſſó tambien; y lo depuſieron ſus teſtigos, y eſte confeſſar la deuda, no es otra coſa, que ratificarla, y quedar obligado â ſu paga, leg. *ſi pupili*, §. *item. quæritur*, *ff. de negot.geſt.* leg. *fin. Cod. de remiſſ.pign. Quia ex ipſa ratificatione, canquam ſi ipſe feciſſet remanet obligatus*; que eſto no ſolo tiene lugar en la ratificacion expreſſa (como la fue la que hizo Don Franciſco Velaſquez, ſino tambien en la tacita, Garc. *de nobilit.gloſ.* 8. §. 1. *ex num.* 5. *cum* leg. 23. *tit.* 34. *part.* 5. *& cum* leg. 1. 2. *& fin. Cod. ſi maior fact. rat. habuer.*& Gomez *tom.*2.*var. cap.*14. *num.*12.

N.60. Y quando huviera alguna duda (que no ay ſobre confeſſar el heredero la deuda) eſta ceſſaba con que èl miſmo en peticiones, y en ſu interrogatorio alega, y articula, que de el caudal que quedò de Doña Cathalina de Armas y Sotarripa ſe le entregaron en vſufructo á dicha ſeñora Doña Aguſtina los 48ɥ. reales, para que por ſu muerte los reſtituyeſſe, y la confeſſion hecha en el libelo de la deuda, es confeſſion de la miſma deuda, y la prueba cum leg.2. *Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Gomez *tom*, 3. *var. cap.* 12. *num.* 4. á que ſe llega el afirmarlo aſſi ſus proprios teſtigos, que como no vno ſino muchos, y contra producentem plene probant, Carlev. *de judic. tit.*2. *diſput.*3. *num*, 37. *cum lege* 41. *tit.* 16. *part.* 3.

II. QUÆSTIO.

N.61. EN la qual ſe procura reſponder â las alegaciones de la otra parte, y reparos, que ſe ponen â la pretencion de la Capilla.

N.62. Es el primero, que dicha ſeñora deſpues de otorgadó el poder para teſtar por el año de 706. quiſo revocar la clauſula de la confeſsion de la deuda, que en èl hizo, em-

 biando

biando à llamar para ello à el Efcrivano, y aplicar los 48ꝟ. reales á qualquiera de los Conventos de efta Ciudad para dotes de Religiofas por quanto fue confidencial el vfufructo.

N.63. Tratò de probar efte hecho D. Francifco Velafquez, pero fus teftigos dizen de oìdas à dicha feñora, y el Padre Fray Juan de Luzena vno de ellos, y fu Confeffor dize tambien de oìdas à dicha feñora, y paffa à que difcurriò feria fentida de algunos pleytos, que tuvo con la Capilla, que con efecto tuvo, y alcançò la Capilla en 11ꝟ. y mas reales de lo que de el Patronato cobrò anticipado dicha feñora, confta de el pleyto, y quedò fentado en el hecho de él; y la fee que fe le dà à el teftigo, es aquella que merece el Autor de quien oyò que es ninguna, y mas fi efte Autor no fe examinò, y contextò. *cap. licet ex quadam de teft.* Surdus *conf.* 135. *num.*96. y Giurb. *conf.*70. *num.* 69. y fiendo la mifma parte de quien oy en los teftigos fe reducen fus depoficiones á oìdas de confeffion extrajudicial abfente parte, que por muchos que fean no prueban: Gutierr. *lib.* 3. *pract. quæft.* 12. *ex n.* 1. *cum fequentibus.*

N.64. Además de que aunque tambien dizen algunos de los teftigos vieron à el Efcrivano en las cafas de dicha feñora, añaden que por entonces le diò vn accidente de que à el dia figuiente muriò; y fi muriò año de 709. y quando otorgò el poder para teftar fue en el de 706. fi huviera querido revocar la claufula de el poder, lo huviera hecho en tanto tiempo como tuvo defde el año de 706. hafta el de 709. que muriò.

N.65. Fuera de que ni que huvieffe querido revocar la claufula, ni que con efecto la huviera revocado, le aprovechàra á fu heredero para libertarfe de la obligacion, y paga de los 48ꝟ. reales.

N.66. Que huvieffe querido revocarla, porque à vnen los contractos ay la diferencia entre el tratar, de contratar, y contratar, que fi de lo fegundo perfecto el contracto, refulta obligacion, y liga à los contrayentes á fu obfervancia, pues no es otra cofa el contracto, que *vltima, & perfecta convertio partium interveniente folemnitate à jure requifita pro forma, & fubftantia,* leg. 1. *verf. fin.* §. *de pact.*

De

de lo primero, como no contracto celebrado, no nace accion, pues la preparacion para el contracto *sunt verba producta in ipso fieri antequam perficiatur, & absolvatur ipse contractus*: leg. *si voluntate, Cod. de rescind. vend.* en tanto grado, que si el testigo dixere, se hallò à el tratado, y no à la conclusion de el acto, ò contracto, no prueba: assi lo afirma Gomez *tom. 2. var. cap. 1. num. 3. vers. Item etiam prosequendo materiam.*

N.67. Si se atiende à las vltimas voluntades se hallarà, que solo por otras vltimas posteriores disposiciones equæ perfectas, y no por contractos entre vivos se revocan, leg. 2. *ff. de injustis nupt.* leg. *si quis priora, ff. ad Trebel. §. posteriora Inst. quib. mod. testam. infirm.* & leg. 21. *tit. 1. part. 6.*

N.68. Ni basta la verbal revocacion hodiæ coram quinque testibus facta: textus in *§. eo autem solo Inst. quib. mod. testam. infirmatur*, leg. *sancimus, Cod. de testam.* en donde se dispone, que solo por el lapso de diez años se revoca el primero testamento por la verbal revocacion hecha coram legitimo numero testum: de que infiere Gomez *in leg. 3. Taur. num. 102. vers. Sed in hoc dubis*, que no passado el decenio post talem verbalem revocationem no basta la simple revocacion etiam coram mille testibus; con que concurre, que la solemnidad, que se requiere para el acto, essa misma es necessaria para su distracto, leg. *hæres pallam, §. si quid post, ff. de testam. vbi solemnitas, quæ requiritur in actu construendo, requiritur in destruendo*; y la razon el axioma de derecho nihil tam naturale est, quam vnum quodque dissolvatur eo modo quo coligatum est.

N.69. Y no solo es menester solemne testamento posterior, para que por èl quede revocado el primero, sino que aun el legado dexado en el testamento, aunque se puede revocar por codicilo *gloss. in leg. fideicommisso, Cod. de fid. comm. §. 1. Inst. de adempt. legat.* por ser la naturaleza de el codicilo alterar, mudar, y revocar menos la institucion de la herencia. leg. *si idem, Cod. de codic.* leg. 8. *tit. 3. part. 6.* leg. 1. *& per totum, ff. de jur. codic.* y Espino *de testam. gloss. 3. num. 6. cum sequentibus.* Sin embargo para que el codicilo revoque el legado dexado en el testamento, ha de ser este codicilo solemne eque perfecto, y no de otra forma lo

revo-

revoca *princip. Instit. de codic.* & leg. *fin. in fin. Cod. eodem*; y si ni revocacion verbal, ni codicilo hizo la señora Doña Agustina aun quando fuesse legado, y no confession de deuda la que hizo en su testamento, ò poder para testar; mal pudiera quedar revocada por vn amago, ó preparacion, que se dize (que aun no se prneba) quiso hazer de revocar su confession testamentaria, que no hizo.

N.70. Fuera de que aun dado caso huviera hecho la revocacion, y esta tuviesse alguna validacion, que no tiene por lo que queda fundado, aun todavia quedaba valida, y permanente la confession de la deuda hecha en el poder para testar sin que la pudiera revocar.

N.71. Es doctrina de Gutierr. *lib. 3. pract. quæst. 96.* en donde para resolver si el testador podrà revocar su confession propria de la deuda hecha en su testamento, entra primero con esta distincion. O la confession testamentaria de la deuda se halla sola, ò adminiculada; si sola, la puede revocar, porque sola se tiene como legado, ò fideicommisso á la ley *Lutius la segunda*, §. *Lutius el segundo de legat. secundo* ya citada, y como quiera que el legado vires accipit à morte testatoris, & eius voluntas de ambulatoria sit vsque ad mortem, leg. 3. §. *fin. &* leg. *sequenti*, *ff. de adim. legat.* Revocado el testamento, por otro posterior equæ perfecto, ò el legado en el testamento por otro simul perfecto codicilo, como queda dicho, queda revocada la confession sola de la deuda, tanquam legatum por otra vltima disposicion; pero si la confession de la deuda se halla adminiculada, en cuyo caso no es legado, imo potius debitum, entonces no puede el testador revocar su propria confession testamentaria de la deuda en perjuizio de tercero, y de el derecho que á este se le adquiriò por la referida confession de la deuda à su favor hecha; son palabras expressas de Gutierrez *in loco proxime citato num.* 1. *&* 2. ibi: *Quando quis in testamento fatetur debitum, nec revocatio testamenti postea facta quidquam relevare videtur, cum sit in præiuditium tertij, cui jam jus quæsitum fuerat ex confessione prædicta per viam quasi contractus, & quamvis testamentum irritum sit, contractus tamen in eo celebratus irrevocabilis est.*

N.72. Y no solo esto, sino que percibiendo, como percibiò

dicha

dicha señora los 48ᵽ. reales de la disposicion de Cathalina de Armas en vsufructo, y debiendolos restituir à el Patronato de la dicha Doña Cathalina aviendo aceptado, con este gravamen los 48ᵽ. reales no pudiera aplicarlos à otra obra pia, sino à este Patronato, ni dexar de cumplir la voluntad vltima de la dicha Doña Cathalina testadora, fundadora de este Patronato, ni oponerse â ella pues como ley se debe en todo observar leg. *in conditionibus*, *ff. de cond. & demonstr.*

N. 73. Hizose otra alegacion por la otra parte, de que la confession testamentaria fue adminiculada, diziendo restituìa los 48ᵽ. reales en el credito del Consulado; y à demàs de que la Capilla acepta la confession de la deuda en lo favorable, y que el pago contra su voluntad no se le puede hazer en el credito de el Consulado, la qualidad de dicha confession como dividua no impide el exercicio de la individua accion que à la Capilla compete.

N. 74. Toca la question el señor Vela *discert.* 24. *num.* 37. *& sequentibus*, sobre las confessiones qualificadas, y dize, ser las qualidades individuas, conexas, y contemporaneas con el mismo acto de la obligacion, como en los contractos *in diem vel sub conditione*, que como en el initio sea individua esta qualidad para el exercio de la accion, pues aunque *cedit dies non venit dies*, no de otra forma tiene lugar la accion, que *adveniente die*, *vel purificata conditione*; leg. *alterius*, leg. *qui hæredi*, §. *fin. de cond. & demonstr.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 1. Passa despues el mismo señor Vela á las qualidades dividuas, que estas afirma ser las que no son contemporaneas, y conexas en el mismo initio de la obligacion, *sed ab eo penitus remotæ*, como quando vno confiessa la deuda, pero añade la pagò, que entonces como este acto de la paga sea posterior à el de la obligacion, aceptando el acreedor la confession de la deuda en lo favorable, no le perjudica la qualidad dividua de que pagò, ni el deudor se libra de la paga no probandola este plenamente, y si quando la señora Doña Agustina recibiò los 48ᵽ. reales, fue desde el año de 71. hasta el de 80. y quando prestò à el Consulado, el de 93. hasta el de 700. ya se vè quam penitus remoto es este acto de èl en

que percibió el dinero, á demàs de que no fueron los mismos 48ꝟ. reales, que percibiò los que prestò à el Consulado como se fundarà despues.

N.75. Esto supuesto, quererle pagar á la Capilla con la cession de el Consulado, es querer pagar *aliud pro alio*, que nivito creditori repugna á la censura legal: leg. 2. & leg. *cum quidam, ff. si certum pet.* Gomez *tom. 2. var. cap. 3. n. 2. & cap. 10. num. 8.*

N.76. Y aun en terminos de ser dinero el que se debe, que solo en dinero se deba hazer el pago, y no en otros efectos, ni cessiones la ley *creditor. §. Lutius, ff. de vsur.* leg *eum aquo* Cod. de solution, pues el cobrar el acreedor en escripturas, cessiones, y otros efectos, es electivo en èl, mas no precisso, ni el que se le obliga à que cobre de ellos contra su voluntad, sino en los efectos mas promptos que hallare de su deudor, cum *authent. hoc nisi debitor, Cod. de solution.* Late Guzman de *evict. quæst. 22. & precipue num. 6.*

N.77. Pero reconociendo la parte de Don Francisco Velasquez no deber pagar con vna cession lo que està obligado á satisfacer en dinero efectivo, ò en los efectos mas promptos de la herencia recurre à dezir, que los 4ꝟ. excudos de el credito contra el Consulado, en que hizo la cession de los 48ꝟ. reales de que fue vsufructuaria la señora Doña Agustina, y recibiò de la disposicion de Doña Cathalina de Armas son los mismos 48ꝟ. reales de que fue vsufructuaria, y que assi cumple con la referida cession, pero se convence asi en el derecho, como en el hecho cierto que se ajusta de los autos.

N.78. En el derecho, el texto en la ley *si defunctus, Cod. arbitr. tutelæ*; la especie es, Tutor, que siendo pobre al tiempo que entrò à administrar la tutela de su Pupilo, se hizo rico comprando vn predio, ò fundo, muerto el tutor, pretendiendo el pupilo reivindicar el fundo, por dezir, que con el caudal de su tutela lo avia comprado el tutor, y que assi tanquam emptus ex eius pecunia se hazia suya glos. Barth. & Bald. *in* leg. *si vt proponis, Cod. de rei vend.* & Bald. *gloss. legis si tutor, Cod. de serv. pign. dat. & manum.* Dudando los Emperadores Dioclesiano, y Maximiano fuesse bastante presumpcion de ser el Tutor pobre

bre al tiempo que entrò en la tutela, para que esta probasse que el fundo se comprasse con caudal de el pupilo, resuelven, no ser bastante por si sola; ibi: *Nam quod, neque ipse, neque vxor eius, quidquam ante administrationem habuerunt, non idoneum huius continet inditium.* Y la razon que dán los Emperadores, que aunque pobre el tutor pudo tener, y adquirir aliunde por su industria para comprar el fundo; ibi: *Nec pauperibus, vel aumentum patrimonij quod laboribus, & multis casibus quæritur inter dicendum est*: y assi no se contentaron solo con la presumpcion de pobreza de el tutor, sino que quisieron mas indicios para prueba de la identidad; ibi: *Debitum autem alijs inditijs comprobari potest.* Y lo que mas es, que la prueba de la identidad de el dinero le incumbia al menor, como fundamento de su intencion, leg. *in rem, ff. de in rem verso* Ricio collet. 1324.

N.79. Sabida cosa es, que el que mutua ad rem emendam, vel ad refectionem Domus, vel Navis, prefiere à todos acreedores por hipotecarios, y privilegiados que sean en la Casa, ó Navio comprada, ò impendida: leg. *interdum, ff. qui potior in pig. habeant*, & leg *licet, Cod. eod.* pero tambien es cierto es necessario se convierta, y expenda la cantidad mutuada en la misma Casa, ó Nave, assi previenen las mismas leyes interdum, y licet ya citadas, y la ley *huius de el mismo titulo*, y la razon *quia huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causa*, huius enim pecunia dize el texto, y no otra el que se impenda para que el mutuante tenga el privilegio de prelacion, si bien con la limitacion de que nihil vltra sortem redatur, porq̃ si mutuo sub vsuris pierda el previlegio de prelacion, ab argumento la ley *si ventri, §. in bonis, ff. de privilegis creditor.* leg. *si hominem, §. fin. ff. de possit*; y con muchos Amato *var. resolut.* 1. *part. resolut.* 3. *num.* 78.

N.80. Pero dudandose como se pruebe esta identidad, y ser el mismo dinero impendido el que para este efecto se mutuò, tocan la question Amato *in loco proxime citato, ex num.* 57. y Mascard. *de probat. conclus.* 53. y 1164. y despues de afirmar ser de dificultosa probança, y que se prueba con indicios, y presumpciones, passan à indagar, que indicios sean estos, y Amato *al num.* 58. dize que quando

spe-

ſpecialiter non fuerit facta mentio in inſtrumento cum juramento rem fuiſſe emptam acquiſitam, refectam, vel conſervatam de pecunia mutuantis, que entonces no ſe preſume impedido en el fundo el miſmo dinero mutuado. Paſſa *al num.* 59. en donde tambien lleva que quando el mutuario comprò la coſa, ò la redificò *parum poſt pecuniam mutuo receptam*, que entonces *ex brevitate temporis cum non multum eſt ſpatium inter mutuum, & emptionem præſumi pecuniam receptam fuiſſe in prædij emptionem, vel refectionem converſam*, no dize el Autor que eſta baſte, ſino que ſe preſume, y que eſta ſola no pruebe la identidad, ya lo dexa determinado la ley *ſi defunctis* ya citada.

N.81. Y mas lo comprueba; Maſcardo *de probation. dict. concluſ.* 53. habla eſte de el Adminiſtrador que impende, mutua, y compra, que aunque ſe preſume lo haze no de ſu caudal, ſino de el de la adminiſtracion; limita al *num.* 4. y dize: *Primo limita concluſionem vt non procedat, ſi adminiſtrator ſit dives, & ingenioſus, ex quibus poſſit, colligi, ſe de proprijs pecunijs ſolviſſe, quia tunc præſumptio eſt illum non jure adminiſtrationis id feciſſet.* Lo miſmo llevo *in dicta concluſ.* 1164. *num.* 5. ibi: *Secundo velim amplies vt procedat, & ſi vnus ſit alterius adminiſtrator; nam in hoc caſu indubio præſumitur ex pecunia propria bona emiſſe, & negotia geſiſſe, dum tamen aliquid in proprio Patrimonio habuerit, vel ſaltem induſtrioſus fuerit.* Paſſa al *num.* 6. habla de el Tutor, toca la ley *ſi defunctus, Cod. arbitr. tutelæ*; y concluye, *quidquid tutor habet, & emit in tutelæ officio, id omne præſumi eſſe ſuum, & ſua induſtria acquiſiviſe, & ex ſua pecunia, etiam ſi ab initio adminiſtrationis, quod plus eſt, nihil habuiſſe probaretur per dictam, leg. ſi defunctus.* Y proſigue al *num.* 7. que ſe preſume lo comprado ex pecunia communi, & non ſolventis, *niſi iſte habuerit in bonis, & non eſſet Artifex, Doctor, vel alius induſtrioſus*, porque ſiendolo, falta la identidad de ſer la pecunia de la miſma adminiſtracion.

N.82. Por ventura quando hizo los preſtamos la ſeñora Doña Aguſtina à el Conſulado, expreſſó, y jurò en alguno de ellos era de el dinero de el vſufructo, y el que pertenecia à el Patronato, y á la Capilla, como ſu Adminiſtradora? No por cierto, ni tal conſta de las Eſcripturas en el pleyto preſentadas.

Luego

N.83. Luego que la dicha ſeñora recibiò los 48ʮ. reales, hizo los preſtamos à el Conſulado! Digan los miſmos inſtrumentos; pues los preſtamos los hizo deſde el año de 93. haſta el de 700. y el recibo de los 48ʮ. reales fue deſde el de 71. haſta el de 80. con que ya faltan las dos preſumpciones, vna no expreſſar en los preſtamos hazerlos de el caudal de el Patronato de que era vſufructuaria, y eſta vltima de no hazer los preſtamos *parum poſt*, que recibiò los 48ʮ. reales, ſino muchos años deſpues.

N.84. Falta tambien la tercera de que *non habet in bonis*, ni es induſtrioſa, porque el mucho caudal que tuvo lo publica ſu Carta de dote, y el que poſſeìa al tiempo de los preſtamos fue todo el que avia quedado vn año antes de el de la muerte de el ſeñor Don Franciſco ſu marido, y ſi tuvo caudal ſuyo proprio para hazer los preſtamos, no menos fue induſtrioſa, pues ſupo tener negociaciones proprias, contrayendo obligaciones, y aun caſada adquiriò caudal con lo que de ſu quenta embarcaba à los Reynos de las Indias, como aſſi lo declara en el inventario, que hizo de los bienes que quedaron por muerte de el ſeñor Don Franciſco ſu marido.

N.85. En el hecho, porque tan lexos eſtà de que eſte dinero que diò à el Conſulado, fueſſe el miſmo de el vſufructo, que antes ſi ſe evidencia ſer diſtinto, no ſolo con que difiere en la cantidad; pues el primero preſtamo fue de 3ʮ. peſos, que hazen 45ʮ. reales, y los dos poſteriores à 4ʮ. peſos cada vno, que importa 60ʮ. reales; y lo que debe reſtituir à el Patronato de DoñaCathalina de Armas 48ʮ. reales, ſino que tambien quando caſó dicha ſeñora con el ſeñor Don Franciſco de Padilla fue en el año de 83. otorgando Eſcriptura de Dote en primero de Febrero de dicho año de 26ʮ099. peſos excudos y medio, y 23ʮ420. ducados de vellon; y ſi eſte era el caudad, que tenia dicha ſeñora en plata, joyas, dinero, y efectos, que todo lo entregò al ſeñor Don Franciſco ſu marido; y ſi ſeñor Don Franciſco quando muriò, que fue el año de 92. en dinero no dexò vn real, que aſſi conſta de el inventario de ſus bienes, ſi deſpues en el año de 93. hizo el primero preſtamo de 3ʮ. peſos à el Conſulado, mal pudieran

dieran ser los mismos 48ʒ. reales de el vsufructo, que llevó à el Matrimonio, con la demás Dote, y no quedaron en dinero por muerte de el señor Don Francisco sino de las alhajas, y efectos de el inventario de los bienes de el señor Don Francisco su marido, que venderia.

N.86. Y aunque estos bienes, que quedaron por muerte de dicho señor fuessen de la Dote, haziendo los prestamos de estos bienes, los hazia de caudal suyo proprio, y no de los mismos 48ʒ. reales, que por entonces no estaban existentes, sino consumidos por el señor Don Francisco su marido; y aunque tambien casada hizo algunos empleos à Indias, dado caso que de lo procedido de estos empleos huviesse hecho los prestamos, es infalible no los hizo de los mismos 48ʒ. reales de el vsufructo, y mas quando por Agosto de el año de 706. èl mismo en que diò el poder para testar, hizo la cession á la Provincia de Castilla de la Compañia de Jesus de los 11617. reales, para cuya seguridad hipotecò otra tanta cantidad en los 4ʒ. pesos de el vltimo prestamo, que hizo á el Consulado, luego, ni en hecho, ni en derecho consta la identidad de el dinero de el vsufructo, antes si sin controversia lo contrario.

N.87. Pero dado caso (aunque nunca concedido) que los 48ʒ. reales de el quasi vsufructo, fuessen los mismos que entregò, y prestò à el Consulado, no por esso quedò libre, no siendo exigible el credito de el Consulado, ni pudo vsar de los 48ʒ. reales, sin requerir, y denunciar primero à la Capilla proprietaria, como Patrona, y Admistradora de el Patronato para casamiento de Donçellas, que fundò Doña Cathalina de Armas, para què há de servir esta cantidad, que por no aver hecho la denunciacion es de cuenta de la otra parte la dificil exacion que tiene la deuda de el Consulado.

N.88. Verdad es, que en la pecunia no se dá propriamente vsufructo, quia pecunia non parit pecuniam, y ser genero quod servando servari non potest, pues para gozar de el quasi vsufructo, se enagena la propriedad; pero se dá vn quasi vsufructo per cautionem, vel satisdationem rem salvam fore, leg. 1. *& per totum*, *ff. de vsufruct. ear. rer. quæ*

vsu

vſu ſenſu: §. *conſtituitur inſt. de vſufruct.* ſin que el vſufructario goze de eſte quaſi vſufructo, haſta que con efecto aya ſatiſdado, empezando à correr eſte vſufructo deſde el dia de la caucion, ò ſatiſdacion, y no antes; D. Caſtill. *de vſufruct. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 18. Cevall. *comm. contr. comm. quæſt.* 408.

N.89. Y es en tanto grado indiſpenſable eſta ſatisfacion, que ſi es vſufructo dexado por teſtamento, y vltima voluntad (como el que ſe le dexò à la ſeñora Doña Aguſtina) ni el miſmo teſtador puede remitir la ſatiſdacion, ni ordenar que no ſe dè, leg. 1. *Cod. de vſufruct.* y Gomez *tom.* 2. *var. cap.* 15. pues ſiendo como es ſatiſdacion legal, quæ provenit ab ipſa lege (aunque la ſea la voluntad de el teſtador leg. *in conditionibus de cond. & demonſtr.*) no puede oponerſe à la ley, ni hazer no tenga eſta lugar en ſu teſtamento, al texto vulgar, y regla de derecho *in lege. neme poteſt* de regul. jur.

N.90. Faltòle à la ſeñora Doña Aguſtina eſta ſatiſdacion, y deſcuidoſe tambien en requerir, y denunciar á la Capilla el preſtamo que hizo à el Conſulado; pero bien hizo, por que ſi el denunciar avia de ſer quando los miſmos 48ꝟ. reales que recibió de el Patronato fueſſen los que preſtaba á el Conſulado; no ſiendo como no fueron los miſmos, ſino proprios de dicha ſeñora, era demás la denunciacion, pues en negocio proprio en que no tenia intereſſe la Capilla, ad quid, el requerirla, y denunciarla.

N.91. Pero por que no quede imperfecta eſta queſtion, ſi fueſſe en terminos de ſer el dinero de el preſtamo, el miſmo de el vſufructo, digo que no le baſta à el vſufructuario el ſatiſdar para vſar de el vſufructo vel quaſi, ſino que para vſufructuar colocando, y diſponiendo de la propriedad de el dinero, ha meneſter requerir, y denunciar á el Proprietario, alias el daño, que ſe le ſiguiere, por perdida, menos cabo, ò dificil exacion es de quenta de el vſufructario, quien favore proprietarij ad intereſſe tenetur, por que ſe tiene, tamquam procurator, que aunque in re propria reſpectu vſufructus, in re aliena reſpectu proprietaris, quæſtion que tocò idem D. Caſtill. cum plurimis de *vſufruct. lib.* 1. *cap.* 20. *ex num.* 15. ibi: *Si non denuntiaverit pro-*

proprietario probabiliter ignoranti, periculum ret, veluti ruinæ vel inundationis, aut aliud necessario fiendum impensa proprietarij, vel quid simile, & damnum sequtum fuerit, tenebitur ipse proprietario ad interesse, & ad damnum, prosigue al *num.* 16. *& sicut agi potest pro damno dato contra vsufructuarium viventem ita etiam potest contra eius hæredes post quam ipse est mortuus.*

N.92. Passa este Author à controvertir en el *cap.* 21. vtrum vsando mal el vsufructuario, y no arbitrio boni viri, pierda el vsufructo, ò quede solo obligado á la restitucion de el interesse, y menos cabo; y despues de referir varias opiniones, expressa la suya al *num.* 11. con estas palabras: *Nam & si cautio de vtendo, & fruendo arbitrio boni viri, ab vsufructuario fueri præstita adhuc non esse bene consultam proprietario, si ipse fructuarium male vtentem, & res fructuarias desteriorantem statim non posset expellere*; de forma, que para que pueda vsar arbitrio boni viri, & absque culpa lata, vel dolo non teneatur ad interesse, ha de satisdar, ò prestar causion á favor de el pr oprietario, alias, no vsa arbitrio boni viri, & tenetur ad interesse.

N.93. Compruebasse lo dicho con esta question que trae el Author cap. 22. *num.* 4. con el texto en la ley *item si fundi ver. fin. ff. de vsufruct.* de quando vse el vsufructuario arbitrio boni viri, y la decide que quando executò, y estilò lo mismo, que estilaba el testador locando el fundo per trienium, aut de quinquenio in quinquenium (qualidad que falta en el caso presente, pues Doña Cathalina de Armas no estilò hazer prestamos à logro de su dinero, ni lo daba à el Consulado, ni tal se ha probado de contrario.)

N.94. Y si en terminos de que los mismos 48ij. de el vsufructo que recibiò la señora Doña Agustina, de la disposicion de Doña Cathalina de Armas fuessen los que diò, y prestò à el Consulado, para cumptir con la cession, era menester denunciar à la Capilla de las Animas, y requerirla para el referido prestamo, y satisdar, y dàr caucion rem salvam fore hoc est de bolver, y restituir otros 48ij. reales, eiusdem bonitatis, para que de esta forma cumpliesse con la cession, no aviendolo hecho, y faltado en todo, este daño, y dificil exaccion que tiene la cobrança

de

de la deuda de el Consulado debe resarcir dicha señora, y su heredero, restituyendo otros 48ꝟ. reales, con quanta mas razon faltando como falta la prueba, y justificacion de la identidad de el dinero, y que los 3ꝟ. ps. primeros, que prestò à el Consulado fueron los mismos 48ꝟ. reales de la dotacion, y obra pia.

N. 95. Que falte la prueba es evidente, pues los testigos de la otra parte ademàs de ser familiares dizen de oidas á dicha señora; y solo vno dize, que por el año de 93. llevò los 3720. pesos al Consulado, siendo assi, que no fueron mas que 3ꝟ. y convencido en esto, lo queda tambien en todo lo de màs que deponen, leg. 41. *tit.* 16. *part.* 3. Dom. Valenç. Velasquez *cons.* 87. *num.* 46. y 84. & Farin. *de test. quæst.* 66. *num.* 13. y 19.

N. 96. Dizese tambien fue el vsufructo confidencial, y à disposicion de la señora Doña Agustina, y además de que esto tampoco està probado, pues sus testigos dizen de oìdas, y que lo contrario consta por la confession testamentaria de dicha señora, y de la que hizo su heredero como su Commissario, en quanto à la satisdacion, y denunciacion de el proprietario, no ay, ni se halla distincion alguna; ademàs de que ni de los otros 5ꝟ. pesos, 4ꝟ. de la Escriptura, y 1ꝟ. de el Vale, de que instrumentalmente consta en el pleyto, se le dexò el vsufructo, y que por su muerte los restituyesse á el Patronato (que no fue confidencial) tampoco satisdò, y si el no cobrarlos como se dize, fue por su negligencia, quizás seria porque de ellos percebiria premios, y sino los percibiò por deber ponerles cobro, tambien se le pudieran pedir.

N. 97. Recurre à otro medio, que es dezir, observò el estilo que las demás Communidades observaron en prestamos con premios, que hizieron por entonces à el Consulado, que se hallaba con entero credito.

N. 98. Y haziendose cargo de esta alegacion, digo lo primero, que es verdad, que el estilo tiene fuerça de ley la 6. *tit.* 2. *part.* 1. y segun este estilo se debe juzgar, D. Vela *discert.* 20. *num.* 21. *&* *discert.* 33. *num.* 44. Alvar. Valasc. *consult.* 31. *in fin.* leg. 1. *ff. de vsur.* leg. 1. §. *vltim. ff. de ventr. inspic.* & Dom. Olea *de cess. tit.* 3. *quæst.* 12. *num.* 29. pero

este

eſte eſtilo no tiene lugar en el caſo de eſte pleyto.

N.99. Lo primero, porque el eſtilo ſe conſtituye por pluralidad de actos, leg. *de quibus, ff. de legib.* leg. 1. *& per totum, Cod. quæ ſit long. conſuet.* Gomez *in leg.* 1. *Taur. num.* 8. Menoch. *lib.* 2. *præſumpt.* 8. *per totam*, & Gonç. *in reg.* 8. *chanc. gloſſ.* 18. *num.* 44. *&* 45. Y la reiteracion de actos, que ſe dize aver avido de preſtar las Communidades á el Conſulado con premios, ſe reduce à vno ſolo, que es lo que la Capilla de la Vera-Cruz Patrona de vn Patronato diò con premios, que ſi aviendo mandado el Viſitador ſe reſtituyeſſe à las Arcas, ſe apelò para ante el Proviſor, y ſe revocò, fue por quanto la cantidad, que diò la Capilla de la Vera-Cruz fue de orden de dicho Proviſor, y eſtaba ya convertida por los buenos ſuceſſos de la Monarquia, y aſſi mal ſe pudieran por entonces reſtituir. Y ſi la Colegial de San Salvador tambien preſtò à el Conſulado, fue con la qualidad de que no llevaſſe premios, que aſſi lo previno el Auto de el Proviſor, conſta de los teſtimonios en el pleyto preſentado, con que ſi falta la reiteracion de actos para la conſtitucion de el eſtilo de preſtamos hechos à el Conſulado con premios por las Communidades, mal le puede á la otra parte aprovechar alegar eſtilo que no tiene.

N.100. Además, que en la ocaſion, que con premios diò, y preſtò la Capilla de la Vera-Cruz, y ſin premios la Colegial, fue en el tiempo de las preſentes guerras, y por cauſa vrgente que no avia en el año de 93. quando dicha ſeñora hizo el primero preſtamo, y lo que mas es, que la Capilla de la Vera-Cruz proprietaria de el dinero, que preſtò como Patrona, y lo miſmo la Colegial fueron las que hizieron el preſtamo, la ſeñora Doña Aguſtina como vſufructuaria debió ſatiſdar, y denunciar á la Capilla de las Animas, como Patrona de el Patronato á quien pertenece la propriedad de los 48U. reales como queda fundado.

N.101. Lo ſegundo, para que no tenga lugar el eſtilo en el caſo de eſte pleyto, ſe funda, en que el eſtiló ſolo tiene fuerça en el lugar, en la coſa, y en las perſonas, que lo practican, y quando ay alguna diferencia no obſta *ſimile*

non

non est idem dixeron Carleval *de judic. tit.2.disput.2.num.4.* Gutierr. *lib. 2. pract. quæst.* 176. *num.* 4. y Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *casu* 83. *num.* 5.

N. 102. La ley 6. *Taur.* dà facultad á el hijo, para que pueda disponer de la tercia parte de sus bienes teniendo Padre, y la misma ley limita, salvo en la Ciudades, Villas, y Lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes á el tron, ò à la raiz.

N. 103. La ley 24. *y* 5. *tit.* 9. *lib. recop.* le dà à la muger casada, por bienes genanciales la mitad de los adquiridos constante el matrimo, pero esta ley tiene fuerça en donde se observa, no en Cordova, que ay estilo en contrario sic Cervant. *in leg.* 24. *tit.* 11. *part.* 4. *glos.* 2.

N. 104. La ley 3. *tit.* 13. *lib.* 5. *recop.* ordena se ha noten las hipothecas en los libros de cada Ciudad, ò Lugar, cabeza de jurisdiccion, para que el acreedor hypotecario anterior no pierda la prelacion, y anterioridad de la hypotheca Azevedo *in hac lege* dize, nunca la vido practicar, Matienz. *in ea gl.* 3. que solo en los sensos tiene su lugar; el señor Larrea *alegat.* 22. dà à entender, que en quanto à su observancia se debe estàr à la costumbre, y el señor Vell. *discert.* 22. *ex num.* 30. *vsque ad* 34. que en Sevilla se practica esta ley, aunque no en otras partes.

N. 105. Pero mas enterminos de no estenderse el estilo de loco ad locum, de casu ad casum, nec de persona ad personam Barb. *voto* 126. *num.*341.*y*342. Surd. *de alim. tit.*5. 1. *quæst.* 61. *n.* 7. 8. *y* 9. y Pareja *de vniv. instrum. edit. tit. resol.* 6. *num.* 21. *cum leg.* 3. §. *hæc verba, ff. de negot. gest.* quien al *num.* 36. *fin.* hallando de el estilo de pagar salarios à los famulos qui soliti operas suas locare aunque no se pacten, si tambien se deban à los pages, ya llegados añade, *ne vtiquam ex salario vnius inferri potest ad salarium alterius eiusdem ministerij, sed necesse erit quod confessio eius qui convenitur specifice de persona famuli mentionem faciat, nec suficiet generice aut equivoce ex supradictis.*

N. 106. Que sea caso distinto el de este pleyto se evidencia, con que la señora Doña Agustina fue vsufructuaria de los 48ꝟ. reales, y hazia el vsufructo suyo, la Capilla de la Vera-Cruz no, sino la misma dotacion; la señora Doña Agusti-

na debiò satisdar como tal vsufructuaria, la Capilla de la Vera-Cruz como no vsufructaria se exonera de esta carga, debiò tambien dicha señora denunciar al Patronato, y à esta parte como su Patrona para dár el dinero al Consulado, la Capilla de la Vera-Cruz no tuvo à quien denunciar.

N. 107. Con que si aun quando hubiera constituido estilo por actos geminados de que las Communidades el caudal de la dotacion lo diessen con interesses, que falta en el caso que sea lega, este estilo, no se estendia à el hecho de vna vsufructuaria, con quanta mas razon no le aprovecharà el estilo que alega, no siendo los 48U. reales de la dotacion los que dió dicha señora al Consulado, sino otro dinero suyo distinto, como queda dicho, y probado.

N. 108. Corone este primero, y segundo punto, y alegaciones que en ellos se han hecho por ambas partes, el lugar de Siriac. contr. 415. que trae el caso de este pleyto, y sino todas las alegaciones, defensas, y justificacion que ay aqui, al menos la mayor parte: y me motiva á ello el averlo tocado por dos vezes en estrados el Abogado de la otra parte en su defensa, si bien solo en la vltima vista lo explique, y exorne en defensa de la mia.

N. 109. Casus sic se habet: Julia legataria en el vsufructo de todos los bienes de su marido donec vitam vidualem servasset, y lo contrario haziendo, los restituyesse Avicencio Casino, Nieto de hermano de el testador, dexòsele el vsufructo con la qualidad tambien, y expressa facultad para que pudiesse disponer de los bienes *como le pareciesse*, *y que el heredero no pudiesse dezir contra ello, y estuviesse*, *y passasse por lo que Julia hiziesse*; antes de dos meses de muerto su marido diò à censo 1800 pesos, *para ella*, *y sus herederos*, casòse á los 20. meses de viuda, y por esto espirando el legado, y acabado el vsufructo, pretendiò Julia en la restitucion, que avia de hazer, que en ella el Nieto legatario en propriedad recibiesse el censo, que avia impuesto.

N. 110. Las alegaciones, que para ello hizo, y defensas que introduxo, fueron: la primera, que el testador su marido, le diò libre facultad para disponer de los bienes como le pareciesse, y que el Nieto de el hermano se contentasse, y

passasse

passasse por lo que hiziesse, y assi no podia, ir contra la voluntad de el testador. Alegò tambien, que no aviendo passado dos meses desde la muerte de el marido á la imposicion de el censo, y no teniendo ella antes caudal alguno, esta imposicion la hizo con el dinero de la herencia: *Resempta ex pecunia hæredidraria efficitur hæreditaria leg. imperator §. final. ff. delegat.* 2. y assi cumplia con entregar el censo, mayormente no siendo industriosa; y lo tercero, que no pudiendo gozar de el vsufructo, sino era colocando los 1800. excudos avia cumplido con imponerlos, y mas quando esta fue la mente de el testador en dexarle el vsufructo, y que dispusiesse de los bienes, como le pareciesse.

N. 111. Se reduxeron las defensas de el heredero, la primera: que Julia como vsufructuaria, debiò satisdar para gozar de el vsufructo, que no hizo; la segunda: que no constaba de la identidad, ni que los 1800. excudos de el principal de el censo fuesse de los bienes de la herencia, antes si lo contrario, pues no quedó por muerte de el testador tanto en dinero, à demàs, de que por el mero hecho de aver dado este dinero à censo Julia para si, y para sus herederos se ajustaba, no era dinero de la herencia, que avia de restituir, sino suyo proprio, y para sus herederos.

N. 112. La decission de el Senado fue el dia 28. de Mayo de 1630. (si bien no se publicò hasta Diciembre de 1631. super veniente morbo pestilenciali, & captivitate Civitatis) condenòle á el heredero, à que aceptasse el censo loco pecuniarum. Motivando esta determinacion las alegaciones de Julia de la expressa voluntad de el testador, y facultad que le diò para disponer libremente de los bienes como le pareciesse, para que gozasse el vsufructo, y que el heredero se contentasse con ello, y que el testador fue visto no quiso que Julia se alimentasse con el caudal, que la dexò, sino con el vsufructo de èl.

N. 113. Este es el caso contravertido de Siriaco, y su determinacion si bien despues en la controversia siguiente, que es la 416. se intentò nulidad de esta sentencia por quanto su publicacio[illegible] en las casas de el Siriaco, que por entonces se h[illegible] no in loco

foli[illegible]

ſolito; y que eran ya muertos la mayor parte de los Senadores antes de eſta publicacion de ſentencia, y tambien por no aver dado termino para prueba, en cuyo articulo de nulidad ſe preſentò la Eſcriptura de la impoſicion de el cenſo de los 1800. peſos excudos, en que ſe expreſſó imponerſe con dinero de la herencia.

N. 114. A favor de Julia, y contra el heredero fue la determinacion, y ſentencia de el cenſo; pero en eſte pleyto que ſe ſigue ſobre la reſtitucion de los 48ʒ. reales la eſpera la Capilla de Animas contra los bienes de la ſeñora Doña Aguſtina, pues el caſo de Siriaco difiere en mucho al preſente, y de que aora ſe trata.

N. 115. Alegòſe alli por el heredero, que la vſufructuaria no ſatiſdò, pero no alegò, *que debiò denunciarle para la impoſicion*, que es lo que aqui alega la Capilla. Alegò tambien no ſer bienes de la herencia los 1800. peſos excudos; pero no lo probò como aqui en hecho, y derecho lo tiene probado la Capilla como queda fundado.

N. 116. Alegò Julia, que aun no paſſados dos meſes de muerto ſu marido, y de aver entrado en la herencia impuſo el cenſo ſin ſer induſtrioſa, las dos qualidades cumulative, que ſe requieren para probar ſer el dinero de la herencia el que diò á cenſo, y la ſeñora Doña Aguſtina percibiò el caudal de la diſpoſicion de Doña Cathalina de Armas deſde el año de 71. haſta 80. y los preſtamos que hizo al Conſulado, no fueron paulo poſt, ſino en los años deſde el de 93. haſta el de 700. tan induſtrioſa como lo manifieſta el mucho caudal que percibió de el que quedó por muerte de Doña Cathalina de Armas, y las negociaciones particulares que tuvo; y lo que mas es, que el primero preſtamo de el Conſulado, fue muerto, y à el ſeñor Don Franciſco ſu marido, quien no dexò caudal en reales. Y ſi Julia fue vſufructuaria de todo el caudal de ſu marido, la ſeñora Doña Aguſtina ſolo lo fue de los 48ʒ. reales, que de caudal ſuyo proprio pudo dàr (como no es veroſimil lo contrario) y los primeros 3ʒ. à el Conſulado. Y ſi Julia en la impoſicion que hizo de los 1800. peſos excudos, expreſſo darlos, y h[illegible]ſe de el caudal de la herenci[illegible] de [illegible]rido [illegible] hazerſe con

èl,

èl, en los preſtamos que la ſeñora Doña Aguſtina hizo à el Conſulado, no declarò ſer aquel dinero de los 48ȹ. reales de que era vſufructuaria, no obſtante, que deſpues de muerta ſu heredero diſpuſieſſe ſe anotaſſe en la Eſcritura de el Conſulado pertenecer los 48ȹ. reales à la Capilla, cuyo hecho como voluntario, y de quien pretende pagar con la ceſſion, no puede perjudicar à eſta parte como ni la miſma ceſſion. Y ſi el marido de Julia le dexò todo ſu caudal, con facultad de que *diſpuſieſſe de èl como le pareciesſe*, y que de ello ſe contentaſſe el heredero ſin que pudieſſe dezir coſa alguna (cuya voluntad ſe debe obſervar, que fue en la que ſe fundò el Senado para ſu determinacion) Doña Catalina de Armas, no dexò de eſta forma à la ſeñora Doña Aguſtina los 48. reales, y vltimamente ſi al tiempo que ſe moviò el litigio entre Julia, y heredero, y aun el de la ſentencia, eſtaba exiſtente el cenſo de los 1800. excudos, y cobrable de que no ſe hazia perjuizio al heredero en darſelo en pago; al tiempo, que otorgó el poder para teſtar la ſeñora Doña Aguſtina al en que ſe moviò eſte pleyto, y al preſente eſtà de dificil exaccion la cobrança de los 48ȹ. reales del pago con la llamada ceſſion, que ni tiene aceptada, ni acepta la Capilla, obrapia, pues ſon para convertir en Dotes, en conformidad de la voluntad de la fundadora de el Patronato.

N. 117. Con que ſi en tanto, y por tanto difiere el vn caſo de el otro, no ſolo pudiera dezirſe non exemplis judicandum, leg. *nemo*, *Cod. de ſent. & inter loc. omn. jud.* ſino que ſi alli moviò à los Juezes la expreſſa voluntad de el teſtador, y lo alegado por Julia, aqui pueden hazer impreſſion en la alta, ſutil, y ſuperior conſideracion de V. S. la juſtificacion de la Capilla, y defenſas fundadas, que manifieſta en eſte papel.

N. 118. Y no menos aun en los miſmos terminos executorìa de U. S. en el pleyto, que el Colegio de San Buenaventura ſiguiò con la Capilla de Animas, que por no aver juſtificado la Capilla la identidad de la finca, y caſas Calle de Eſcobas, ni compradolas con el miſmo dinero, que recibiò de la diſpoſ[illegible] de Doña Luiſa de la Raga, fue [illegible] cida, motivan[illegible]

Tribunal ſuperior, no ſe tiene como exemplar, ſino como coſa juzgada, que Principi equi paratur, legis habet vigorem, & jus facit ad alias ſimiles cauſas decidendas, leg. 14. *ff. ad leg. corn.* ibi : *Sic enim in veni Senatum cenſuiſſe*, y con el ſeñor Valenç. Velaſquez *conſ.*40. Gamm. *deſcert.* 33. Franch. *deſcert.*81. Menoch. *conſ.*671. y con otros infinitos Authores D. Caſtill. *de text. cap.*30. *num.*4.

QUÆSTIO III.

N. 119. NO tiene lugar la tercerìa intentada por Don Franciſco Velaſquez de los 60ʒ. reales de ſu legitima, ni por ellos prelacion à los 48ʒ. reales de la Capilla, y procede en quanto à eſto la confirmacion de la ſentencia de V. S. en que por ella confirmò la de el Teniente, en que la denegó, y la prelacion, que por la otra parte ſe pedia.

N. 120. Principio aſſentado, y elemental de derecho es, que entre acreedores hipotecarios con hipotecas expreſſas, prior in tempore potior ſit in jure, leg. *ſi fundum* 4. *Cod. qui potior in pign. habeant.* ſin diferencia de hipoteca eſpecial, ni general, porque para la prelacion lo miſmo obra vna que otra, leg. 2. *ff. eod. tit.* Felician. *de cenſib. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 11. Avend. *de cenſib. cap.* 52. *num.* 3. & 12. *cum leg.* 2. *Cod. de pign.* leg. *ſi generaliter*, *Cod. qui potior in pign. habeant.* Y ſi el ſeñor Don Franciſco de Padilla ſe conſtituyò por tenedor de bienes, y depoſitario el año de 76. de la legitima de la otra parte, y à la dote ſe obligò con hipoteca general expreſſa de ſus bienes el año de 83. ſin embaro es preferida la dote, lo vno porque los bienes, ò la mayor parte de ellos, que quedaron por muerte de dicho ſeñor Don Franciſco fueron los miſmos de la dote de dicha ſeñora, y otros comprados con dinero de la miſma dote, aſſi lo confieſſa en ſu teſtamento vn tan gran Letrado como lo fue dicho ſeñor Don Franciſco de Padilla, y aſſi, y [illegible] no tales ſe inv[illegible]ntariaron, y aſſi lo afirma la otra parte [illegible] memorias [illegible] bienes, q[illegible] en el [illegible] preſentò.

[illegible] xtantes no ay

diſ-

diſputa, en que como acreedora de dominio prefiere la dote, leg. *in rebus*, *Cod. de jur. dot.* ibi : *Cum æedem res ab initio vxoris fuerant naturaliter in eius permanſerunt dominio*, leg. *ita conſtante*, *ff. de jur. dot.* Gomez *in leg.* 51. *Taur. num.* 44. *verſ. quod tamen intellige*; y en quanto à los que ſe compraron con ſu dote lo miſmo, res empta ex pecunia dotali eficitur dotalis, leg. *quod ſi fuerit*, leg. *ita conſtante*, leg. *res quæ*, *ff. de jur. dot.* leg. *ſicum dotem*, *ff. ſolut. matr.* leg. 49. *tit.* 5. *part.* 5. & ibi: Herm. *gloſſ.* 7. *&* 8. y Pedro Barboſ. *in rubr. ff. ſolut. Matr. num.* 78. *y* 79.

N. 122. Y ſi la otra parte funda ſu prelacion, en que ſu tutela ſe depoſitò en el ſeñor Don Franciſco, y que como acreedor de depoſito, y por eſto de dominio prefiere à todos acreedores. Se ſatisface, con que no ſe duda, que el deponente en la coſa depoſitada prefiere á todos ; pero ſe entiende en el depoſito regular, ſi exiſte la coſa depoſitada, no empero en el depoſito irregular vbi res non no ſtat, vel exiſtit: porque en eſte vltimo caſo el deponente no prefiere àel acreedor con hipoteca expreſſa ; aunque poſterior.

N. 123. Dos ſon los textos al parecer antinomiados , que acriſolan, y purifican eſta verdad; el vno es el §. *in bonis* de la ley *ſi ventri*, *ff. de privileg. cred.* y el otro de el §. *quoties* de la ley *ſi hominem*, *ff. depoſit*, ambos ſon de el Conſulto Vlpiano, y ambos hablan de depoſito , y aun en meſa publica, y numularios. En el §. *in bonis* de la ley *ſi ventri* dà el Conſulto à el deponente prelacion á todos los acreedores, deſpues de los privilegiados; ibi : *In bonis menſularij vendendis, poſt privilegia priorem eorum cauſam eſſe placuit, qui pecunias apud menſam fidem publicam ſecuri depoſuerunt.* Y en el §. *quoties* de la ley *ſi hominem* prefiere el Conſulto al deponente à todos los acreedores, por privilegiados que ſean; ibi : *Quoties foro cedunt nummularij, ſolet primo loco ratio haberi depoſitariorum, hoc eſt eorum qui depoſitas pecunias habuerint, & ante privilegia.*

N. 124. Pero tocando eſtos dos textos Rodrig. *de privil. cred.* 1. *part. art.* 2. *num.* 45. 46. *y ſiguientes*, los explica ſin opo- ſicion, y totalmente quieta la que parecia antimonia eſta diſtincion [illegible]

vel non; ſi ſtat etiam á los acreedores privilegiados pre-fiere el deponente; y en eſtos terminos dize ſe entiende el §. *quoties* de la ley *ſi hominem*; ſi non ſtat, no prefiere á los acreedores privilegiados, en cuyos terminos habla el §. *in bonis* de la ley *ſi ventri*; ibi: *Quare pro ſolutione prædictæ difficultatis, & intelligentia huius articuli, illud in primis diſtinguendum erit, circa eorum jurium explicationem, nempe, aut, pecunia, vel alia res depoſita aduc ſtat, quando acreditoribus bona depoſitarij venerunt, & diſtrahuntur, quo caſu deponens nullo reſpectu temporis, aut privilegij, omnibus præfertur, quia tunc, & rem ſuam vindicare videtur.* Cita el miſmo §. *in bonis* de la ley *ſi ventri*, para mas claramente fundar ſu diſtincion, en que aſſi lo previene el miſmo §. *ſi ventri*, proſiguiendo en eſtas palabras el Conſulto: *Si tamen nummi ſtent vindicare eos poſſe puto á depoſitarijs, & futurum eum qui vendicat ante privilegia.* Proſigue el Author en eſte miſmo *num.* 46. *quomodo intelligi debet text. in dict.* leg. *ſi hominem*, §. *quoties.*

N. 125. Paſſa en eſte miſmo *num.* 46. à el caſo quando pecunia non ſtat; y dize ſi el deponente fue anterior en tiempo, prefiere à los acreedores: *Etiam ſi habeant expreſſas hipotecas tempore poſteriores*; pero *ſi habeant creditores alias hipotecas tempore priores, præferentiam habent in bonis depoſitarij, quod ſecus eſſet ſi ſolum chirographarij creditores fuiſſent, nam tunc depoſitoribus inter perſonales actiones maius exigendi jus competit: quomodo intelligi debet textus in dict. §. in bonis in principis, quando ſciliset apud depoſitarios nummi, vel alia res depoſita non ſtabant.*

N. 126. Al num. 47. trae por obſtante à eſta diſtincion la ley *quod privilegium, ff. depoſit.* (que es la ley ſiguiente à la ley *ſi hominem*) donde decide el Conſulto Papiniano quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentarij ex pecunia depoſita reperta eſt, ſed in omnibus fraudatoris facultatibus.

N. 127. Y al num. 48. le dà eſta ſolucion: *Depoſitores aliquando eſſe poſt aliquos habentes privilegia, vt in dicto, §. in bonis, aliquando vero ante aliorum privilegia priora jura habere, vt* ... *ct.* leg. *ſi hominem, §. quoties, ff. de poſit.* ... *non nulla privile-* ... *i pr* ... *am* ... *dotem, ſiſcum*

fune-

funerarium, & mutuantem ad refectionem edificij, & communiter ita Doctoribus supra citatis receptum est.

N. 128. De forma que si pecunia stat, prefiere el depositario á todo genero de acreedor aunque privilegiado, como que conserva dominio en la cosa depositada que no tiene el depositario, y assi los acreedores de este solo, lo serán à sus proprios bienes, no empero à la cosa depositada, que es suya, y assi lo dize el Autor al num. 50. ibi: *Quia cum creditores tantum admitantur ad bona sui debitoris quod autem alius potest vindicare, non est in bonis illius, & ita in eo nullus potest creditorum concursus dari*; pero si pecunia non stat, no prefiere á los acredores privilegiados como son *Dote*, fisco mutuo ad refectionem, vel funeris impensá, sino solo à los acreedores personales, & hipotecarios posteriores, si bien el preferir à los hipotecarios posteriores solo tiene lugar en los depositos hechos en los nummularios, y Bancos publicos, y no en los hechos en personas particulares: assi lo dize el mismo Rodrig. *loco* citato *num.* 49. ibi: *Depositorem habere privilegium exigendi depositum, de quo in dicta leg. si ventri, §. in bonis in principio, ff. de privileg. credit, & in dicta leg. si hominem §. quoties, ff. deposit quando depossuit penes argentarium, nummularium, & publicum officium exercentem.*

N. 129. Conque si los 60U. y mas reales de el principal de el censo no entraron en poder de el señor Don Francisco mal puede por ello tener accion de deposito, como ni por los 13U. y mas de parte, en lo que debia à la disposicion el señor Don Francisco, porque lo que se le adjudicò á la otra parte, fue el derecho que avia contra dicho señor para pobrar esta cantidad, que era vna accion personal, que se pospone à la hypotecaria expressa de la dote, y si fueron bienes dotales los que quedaron por muerte de el señor Don Francisco en estos como acreedora de dominio prefiere la señora Doña Agustina, y la Capilla como interessada por el derecho de tercero, que deduce, y puede deducir.

N. 130. Y si en los cortos bienes no dotales procu[illegible] la p[illegible] cion, la otra par[illegible] conv[illegible] bienes de su tu[illegible]

ni mesa publica nummularia, no preferia á la dote como privilegiada, con que concurre los muchos alimentos que assi dicho señor, como la señora Doña Agustina le han dado.

N. 131. Con cuyos fundamentos, atento á lo nuevamente alegado, de que el exemplar de la Capilla de la Vera-Cruz de aver dado con premios à el Consulado los 1400. pesos, fue en caso tan vrgente, como para Missas, por los buenos sucessos de el Reyno, y que su Magestad le librasse de las hostilidades, que en el Puerto, y otras partes hazian las Armadas Enemigas, y que el aver dado el dinero, fue de orden extrajudicial de el Provisor, y que si revocò el auto de el Visitador, fue porquanto el dinero estaba ya divertido en las Missas, que se avian dicho como assi consta de los autos, y que aunque la Colegial tambien hizo prestamo, fue en esta misma ocasion, y sin premios, y sobre todo la novedad de la executoria de V. S. muy en los terminos de este pleyto cuyo testimonio en esta instancia se ha presentado; Pretende la Capilla de Animas, y Señor San Onofre, cita en el Compaz de el Convento de San Francisco Casa Grande de esta Ciudad, Patrona, y Administradora de el Patronato, que fundò Doña Cathalina de Armas y Sotarripa, se sirva V.S. de suplir, y enmendar su sentencia de vista declarando no aver cumplido la otra parte con la cession de el Consulado, condenando á los bienes que huvieren quedado por muerte de la señora Doña Agustina Ramirez de Aguilar, à la paga, y restitucion de los 48U. reales pertenecientes á dicho Patronato, confirmandola en lo demás, y articulo de tercerìa intentado por Don Francisco Velasquez, y Valdès; assi lo espera la Capilla, salva T. S. D. C. cui pro textor me in omnibus subjici. Sevilla, y Enero 24. de 1712. años.

Lic. Don Pedro Garcia Bello.